



João Gama Gonçalves

**O Incumprimento no Crédito à habitação
e a Diminuição do Risco na Entrega da Casa**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em
Direito e Mercados Financeiros

Orientadora:

Doutora Joana Farrajota, Professora da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Setembro de 2018

Agradecimentos

Aos meus pais, sempre incondicionalmente apoiantes e presentes;

Aos amigos com quem debati o tema. Um especial agradecimento às longas sessões com Ana Luísa Silva, Duarte Bucho, Francisca Soromenho e João Ascenso, sem esquecer os contributos de Alice Medeiros, Catarina Evaristo, Daniela Cunha, Fabiano Saccone, João Teixeira, Mafalda Carvalho, Nuno Marques, Ricardo Saraiva, Rita Ferreira e Vasco Lucas;

À Professora Doutora Joana Farrajota, orientadora da dissertação, pelos inestimáveis contributos em toda a linha, pela partilha de conhecimento, pelo acompanhamento em todas as fases da tese e pelo forte incentivo ao espírito crítico e analítico.

Resumo

O crédito à habitação hipotecário reveste-se de particular relevância em Portugal, não apenas ao nível social, ao constituir a principal fonte de endividamento das famílias portuguesas, mas também ao nível do setor financeiro, tendo um peso relevante nos balanços das instituições de crédito.

A presente dissertação debruça-se sobre o incumprimento nesta modalidade de crédito e sobre os mecanismos executivos ao dispor das instituições de crédito para satisfação da dívida (mesmo após a entrega da casa por parte do mutuário) e analisa as soluções em vigor que visam mitigar os riscos associados a este tipo de crédito tanto para mutuante como para mutuário, apresentando soluções alternativas que poderiam ser eficazes na diminuição do risco.

Palavras-chave: crédito à habitação, hipoteca, incumprimento, execução, juro, risco.

Abstract

Mortgage lending is of particular relevance in Portugal, not only at a social level, as it represents the main source of indebtedness of Portuguese households, but also at the level of the financial sector, with a significant weight in credit institutions' balance sheets.

This dissertation focuses on its credit default and on the foreclosure mechanisms available to credit institutions for debt repayment (even after the delivery of the relevant mortgaged real estate) and analyzes the current solutions aiming at the mitigation of the risks associated with this type of credit, presenting alternative solutions that could be effective in reducing the aforementioned risk.

Keywords: housing loan, mortgage, default, foreclosure, interest, risk.

Abreviaturas e siglas

ABS	<i>Asset Backed Security</i>
Al.	<i>alínea</i>
Art.	<i>Artigo</i>
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	<i>conforme</i>
Cit.	<i>citado/a</i>
CDO	<i>Collateralized Debt Obligation</i>
CMO	<i>Collateralized Mortgage Obligation</i>
CPC	<i>Código de Processo Civil</i>
DGTF	<i>Direção -Geral do Tesouro e Finanças</i>
DL	<i>Decreto-Lei</i>
Et al.	<i>e outros autores</i>
IHRU	<i>Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P.</i>
LCCG	<i>Lei das Cláusulas Contratuais Gerais</i>
MBS	<i>Mortgage Backed Security</i>
n.º	<i>número</i>
ob.	<i>Obra</i>
p.	<i>página</i>
PARI	<i>Plano de Ação para o Risco de Incumprimento</i>
PERSI	<i>Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento</i>
ss.	<i>seguintes</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
TAN	<i>Taxa Anual Nominal</i>
TAEG	<i>Taxa Anual de Encargos Efetiva Global</i>

1. Introdução

“Although almost every crisis has been preceded by a lending boom, the converse is not true. Gourinchas et al. (2001) find that the typical lending boom does not end in crisis, but with a soft landing. That is, crises are rare events.”¹

A falência de uma instituição bancária encontra-se frequentemente relacionada com um *boom* na concessão de crédito; contudo, e tal como a citação do intróito sugere, não é tanto a concessão de crédito *per se* que constitui um risco de crédito, mas antes a tomada de más decisões nos empréstimos concedidos e nas avaliações subjacentes aos mesmos².

Muitos economistas consideraram a crise financeira de 2007-2009, conhecida pela crise do *subprime*, como a mais grave crise depois da Crise de 1929, a Grande Depressão. Ainda que tenham sido diversos os fatores que contribuíram para esta crise (como o excesso de liquidez global e uma desregulação ao nível dos produtos financeiros transacionados), a verdade é que o elemento central que desencadeou a crise foi a explosão da bolha imobiliária nos Estados Unidos (que resultou da concessão de créditos em massa a mutuários que tinham um risco de incumprimento considerável)³.

¹ SCHNEIDER, Martin / TORNELL, Aaron, *Balance Sheet Effects, Bailout Guarantees and Financial Crises*, *Review of Economic Studies*, 2004, p. 4 e 5.

² CARDÃO-PITO, Tiago / BAPTISTA, Diogo, *A Crise Bancária em Portugal*, Conjuntura Actual Editora, 2017, p. 18.

³ Para maior desenvolvimento da crise financeira de 2007-2009 (e das implicações que a mesma teve na Crise da Dívida Soberana na Europa), vide ABREU, Margarida, *et al.*, *Economia Monetária e Financeira*, 2ª ed., Escolar Editora, 2012, p. 322 a 336.

A crise financeira global que teve início em 2007 demonstrou, pois, não só a relação umbilical que pode existir entre o setor imobiliário e o setor financeiro, mas também como o primeiro pode ser um verdadeiro catalisador de crises financeiras sistémicas à escala mundial.

As hipotecas norte-americanas *subprime*⁴ estiveram no epicentro de uma crise que rapidamente se tornou à escala global: nos Estados Unidos, o crédito *subprime* foi aumentando exponencialmente, com a concessão descontrolada de créditos à habitação a particulares com poucos recursos para fazer face aos compromissos assumidos com os credores (os famigerados *NINJA loans* ficaram conhecidos na indústria imobiliária norte-americana como empréstimos concedidos a pessoas com “no income, no job and no assets”).

Outros importantes fatores laterais transformaram este risco de incumprimento existente no crédito à habitação (que, já de si, era não negligenciável) numa verdadeira bolha especulativa que rapidamente se transformou numa bomba-relógio à espera de ser ativada.

Primeiramente, este período das hipotecas *subprime* coincidiu com o período do abuso das obrigações titularizadas⁵, tanto na modalidade de Mortgage Backed

⁴ As hipotecas de *subprime* correspondiam a hipotecas de alto risco, na medida em que garantiam empréstimos de taxas de juros elevadas concedidos a clientes de baixos rendimentos e com elevado risco de crédito

⁵ Para uma explicação detalhada do mecanismo inerente à titularização de créditos (ou securitização), vide CALVÃO DA SILVA, João, *Titularização de créditos - Securitization, No coração da crise financeira global*, 3ª ed., Almedina, 2013. O autor chega a usar a terminologia “alquimia global de securitização” para se referir a esta técnica financeira.

De resto, o autor explana os enormes benefícios que a securitização proporciona, e o porquê de ser tão apelativa para os cedentes dos respetivos créditos (tipicamente, o Estado e demais pessoas coletivas públicas, instituições de crédito e sociedades financeiras, bem como os demais cedentes previstos no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 453/99 de 5 de Novembro [última alteração pelo Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro], que estabelece o regime das cessões de crédito para efeitos de titularização):

“Pelo prisma dos cedentes, a “securitização” só proporciona vantagens: saída do ativo do balanço de uma massa de créditos (off-balance sheet), substituída pelo preço da cessão causa vendendi; limpeza ou melhoramento da estrutura do balanço; realização imediata de liquidez a facultar o autofinanciamento da empresa, que assim pode (re) alimentar a sua atividade, pagar dívidas e diversificar os investimentos sem ter de aumentar o capital próprio, constituir reservas e provisões ou recorrer a capital alheio; alternativa de (re) financiamento (funding); melhoramento da

Securities [MBSs]⁶ como na de Asset Backed Securities [ABSs]”^{7 e 8} (sendo que, entre as MBSs, foram transacionadas muitas Collateralized Mortgage Obligations [CMOs]), com a agravante (ao nível do risco) de, posteriormente, se terem começado a transacionar Collateralized Debt Obligations [CDOs] e Synthetic CDOs que aumentaram exponencialmente a bolha especulativa^{9 e 10}.

rentabilidade dos capitais próprios (ROE - return on equity) e da rendibilidade do ativo (ROA - return on assets); melhoramento do rácio de solvabilidade, ao atuar no denominador da relação, reduzindo-o pela saída de um “pool” de créditos, e assim dispensar o aumento de fundos próprios; redução da exposição ao risco (de incumprimento) do crédito, transferindo para os investidores dos novos instrumentos financeiros derivados dos empréstimos subjacentes: redução da exposição ao risco de mercado pela ductilidade na gestão do risco da taxa de juro e da taxa de câmbio; superação ou ladeamento de crises e mesmo prevenção de falência ou insolvência; desincentivação de OPA - Oferta Pública de Aquisição hostil, mediante a alteração relevante da situação patrimonial da empresa decorrente da cessão dos (melhores) ativos ou “joias da coroa”. Sendo isto assim, com tantos e tamanhos benefícios proporcionados pelo advento desta inovadora engenharia financeira, não surpreende a progressiva e avassaladora expansão da técnica, a ponto de o seu perímetro de aplicação na idade madura se ter tornado praticamente ilimitado (nos mercados regulados e ao balcão de todo o mundo financeiro minimamente evoluído) tal a amplitude e diversidade (da natureza) de ativos “colateralizáveis”, titularizáveis ou “securitizáveis” (ABS-asset backed securities): crédito à habitação, crédito ao investimento, crédito ao consumo, crédito automóvel, crédito leasing, credit card, crédito ensino, créditos fiscais, prémios de seguros, etc. (...)

Não surpreende, pois, que, pela sua auréola, a técnica da “securitização” tenha concorrido fortemente para o desenvolvimento exponencial da (dita) economia virtual, superadora em números da (riqueza da) economia real (...)” (p. 167 a 169).

⁶ O MBS é um título de garantia hipotecada (o qual é criado a partir de pools constituídas por ativos hipotecários). Os MBSs permitem aos bancos retirar os empréstimos hipotecários dos seus balanços, transformando esses mesmos empréstimos em instrumentos financeiros e vendendo-os a investidores.

⁷ O ABS é um título mobiliário garantido por ativos não hipotecários, os quais constituem uma pool de empréstimos que são agrupados e vendidos a investidores como títulos (num processo conhecido por titularização de crédito ou securitização, que descrevemos na nota de rodapé n.º 7).

⁸ GONZÁLEZ, Altina de Fátima Sebastián / PASCUAL, Joaquín López, *Economia e Gestão Bancária*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 70.

⁹ A CMO (ou obrigação hipotecária garantida) é um tipo de MBS (ou seja, garantida por hipoteca) que congrega grupos de empréstimos para habitação que apresentam características semelhantes.

As CDOs (obrigações de dívida colateralizada) são instrumentos financeiros cujo colateral são garantias de empréstimos (correspondendo, em regra, aos ativos dados como garantias _ hipotecas, obrigações, empréstimos); a particularidade é que estas CDOs são compostas por diferentes tranches, e cada tranche tem o seu risco próprio (onde as tranches mais seniores têm uma notação de risco mais elevada, por oferecerem melhor qualidade de crédito, e consequentemente pagando cupões inferiores às tranches mais juniores).

Em segundo lugar, a gestão de risco não funcionou ao nível interno das instituições (sendo o exemplo mais flagrante a falência do Banco de Investimentos Lehman Brothers, devido à depreciação dos seus ativos no âmbito da crise no mercado imobiliário)¹¹: tendo em conta as implicações que uma má gestão do risco pode ter numa instituição de crédito, alguns autores questionam o papel que deve ter o setor bancário e nomeadamente quais as atividades a que se deve dedicar. Corroboramos o entendimento de que o setor bancário se deve dedicar predominantemente ao *core business* do negócio bancário, devendo ter os balanços dos bancos essencialmente depósitos no lado dos passivos e empréstimos no lado dos ativos. Ou seja, a cobertura do risco (ou *hedging*) não deveria ser uma ferramenta nuclear da realidade dos bancos, na medida em que não deveria sequer

As Synthetic CDOs são, por sua vez, CDOs baseados não em ativos mas sim em derivados como o Credit Default Swap [CDS]. Por sua vez, um CDS corresponde a um instrumento financeiro geralmente transacionado over-the-counter (em mercado não regulamentado) num mercado de renda fixa (o das obrigações) para especular ou fazer cobertura de risco (ou hedging) contra o risco de uma determinada empresa entrar em incumprimento na sua dívida (risco de crédito).

¹⁰ Os derivados sempre suscitaram opiniões controversas, e muitos subscrevem a posição de Warren Buffet quando defendeu no *Fortune* de 3 de março de 2003, que “derivatives are financial weapons of mass destruction”. A forma como os derivados amplificam os riscos torna absolutamente crucial uma efetiva gestão do risco, sendo feliz a expressão utilizada na Pennsylvania Securities Commission de Fevereiro de 1995: “In a way, derivatives are like electricity. Properly used, they can provide great benefit. If they are mishandled or misunderstood, the results can be catastrophic. Derivatives are not inherently “bad.” When there is full understanding of these instruments and responsible management of the risks, financial derivatives can be useful tools in pursuing an investment strategy” (BERTRAM, Rob, *A Brief Guide to Financial Derivatives*, 2nd ed., Division of Corporation Finance, Pennsylvania Securities Commission, February 1995).

¹¹ Mark WILLIAMS explica, em *Uncontrolled Risk - The Lesson of Lehman Brothers and How Systemic Risk Can Still Bring Down The World Financial System* (McGraw-Hill, 2010), por que motivos o risk management no gigante Lehman Brothers não foi o mais adequado.

É uma realidade que “with greater risk taking comes greater responsibility for evaluating and controlling the risk.” (p. 105); no entanto, nem com uma forte aposta no *risk management* a partir de 1993 foi possível controlar as falhas do Value-at-Risk (que não captou a verdadeira dimensão do risco a que estava exposto o Banco de Investimento). Assim, ainda que, em 2006, a Chief Risk Officer do Lehman Brothers, Madelyn Antoncic, tenha recebido o prémio de Risk Manager of the Year pela prestigiada *Risk Magazine* (fazendo com que “according to Wall Street, Lehman had finally created a top-notch risk management department”, p.114), a verdade é que esta CRO foi despedida em 2007 quando procurou alertar o CEO Dick Fuld para os riscos reais dos investimentos efetuados pelo Banco, nomeadamente os investimentos relacionados com o mercado imobiliário. Na terminologia do autor, em 2008, “with the help of Walsh, who was under the direction of Fuld and board oversight, Lehman was in effect a speculative real estate hedge fund thinly disguised as an investment bank” (p. 135).

existir uma exposição a riscos que exigisse uma cobertura de risco rigorosa (sob pena de consequências catastróficas para a instituição de crédito _ tal como sucedeu com o Lehman Brothers)¹².

Em terceiro lugar, é inevitável fazer uma referência ao papel desempenhado pelas agências de *rating* (nomeadamente as agências com maior credibilidade no mercado Moody's, Standard and Poor's e Fitch Ratings Ltd): em vésperas da queda do Lehman Brothers em setembro de 2008, as três agências atribuíam a este banco de investimento a nota máxima. Efetivamente, as agências de notação de crédito não refletiam nas notas de investimento para as MBSs e outros produtos similares o verdadeiro risco associado a estes produtos financeiros, tratando-se de “um negócio lucrativo para as agências de *rating*”; desta forma, “um conflito de interesses aparece associado à atuação das agências de *rating*, que competiam entre si para a avaliação destes produtos, o que terá contribuído para a generalização de padrões mais baixos de classificação”¹³. Não é, por isso, de estranhar que a dessacralização das notações de agências de *rating* fosse uma das consequências desta crise, com o surgimento de legislação europeia a definir regras sobre registo e supervisão das agências de *rating*, procurando garantir a independência e integridade das mesmas (como o Regulamento (CE) 1060/2009, de 17/11/2009, revisto pelo Regulamento 462/2013 do Parlamento Europeu e do

¹² Relativamente à gestão de risco no setor bancário, destacamos dois *papers* de Luís Vasco Lourenço PINHEIRO e Miguel A. FERREIRA.

No respeitante às falhas existentes na avaliação do Value-at-Risk (e que existiram, por exemplo, no caso do Banco Lehman Brothers), no *paper Identifying the Characteristics of Banks Proprietary Trading*, demonstra-se as limitações do "Value at risk" enquanto método para avaliar o risco de operações financeiras ou de uma carteira de investimentos .

Já no *paper How Do Banks Manage Interest Rate RiskL Hedge or Bet?*, além de se resumir sinteticamente a teoria de René Stulz (explicando-se como o hedging _ ou cobertura de risco _ é sobretudo importante em empresas com grande *leverage* ou alavancagem), também se demonstra que a gestão do risco no setor bancário não deveria, devido às especificidades deste setor, ter uma grande relevância (até porque a cobertura de risco poderá servir mais para especular do que para cobrir o risco). Pelo contrário, sugere-se que a maioria da banca deveria dedicar mais importância à prática nuclear da sua atividade (que são, ou deveriam ser, os depósitos e os empréstimos).

¹³ ABREU, Margarida, *et al.*, *Economia Monetária e Financeira*, 2ª ed., Escolar Editora, 2012, p. 325 a 326.

Conselho de 21 de maio de 2013), e uma progressiva perda de protagonismo por parte dos ratings destas agências nas políticas dos Bancos Centrais¹⁴.

Por fim, não só os rácios de liquidez e de capital das instituições financeiras não eram, na altura, devidamente acautelados pela via legal como ainda a não regulação dos mercados contribuiu decisivamente para uma forte concentração do risco sistémico (onde o risco macroprudencial do sistema financeiro passou a funcionar praticamente como um todo, devido a uma enorme concentração de conglomerados financeiros, com o subsequente agravamento do risco sistémico).

Assim, a crise de 2007 pôs a nu crassas ineficiências do sistema financeiro e as consequências de se ter um sistema bancário desregulado.

Em resultado desta crise e da subsequente crise da dívida soberana europeia, o setor financeiro conheceu então um inevitável ímpeto regulatório, atendendo ao desfecho catastrófico que resultou da total desregulação, nos termos de EL-ERIAN: “agora é claro como água que os bancos centrais acabaram por adotar uma abordagem excessivamente descontraída relativamente à desregulamentação das atividades financeiras. Sentaram-se, em grande medida, de braços cruzados enquanto grandes blocos de complexas atividades financeiras migravam para setores bancários paralelos que não tinham a devida supervisão e estavam sujeitos a pouca regulamentação externa e insuficiente disciplina interna”¹⁵.

Desde logo, começaram a ser implementados, desde 2009, fundamentais testes de *stress* à banca nos Estados Unidos, seguindo-se a mesma preocupação no Reino Unido e depois na generalidade da União Europeia.

Focando-nos na União Europeia, se a regulação bancária europeia antes da eclosão da crise financeira não exigia aos bancos capitais próprios mínimos

¹⁴ Sobre a regulação das agências de notação de crédito e sobre a dessacralização das suas notações, vide CALVÃO DA SILVA, João, *Titularização... cit.*, p. 175 a 196.

¹⁵ EL-ERIAN, Mohamed A., *A Única Solução - Bancos Centrais, Instabilidade, e Como Evitar o Próximo Colapso*, Publicações Dom Quixote, 2016, p. 55.

suficientes para fazer face aos riscos assumidos perante os produtos derivados financeiros, os critérios foram-se apertando cada vez mais na vertente prudencial após os acordos conhecidos como Basileia II e Basileia III. De resto, com o acordo Basileia III, procurou-se aperfeiçoar ainda mais as ponderações de risco (uma vez que o capital próprio mínimo passou a ser calculado em função dos ativos ponderados pelo risco, e não em função do total de ativos do banco): contudo, é controverso que os requisitos de capital sejam suficientes e que a abordagem da ponderação de risco seja sequer a mais adequada¹⁶.

A política regulatória bancária europeia, alicerçada no famoso Relatório de Larosière¹⁷, conheceu então uma nova arquitetura, baseada em grande parte na

¹⁶ Anat ADMATI e Martin HELLWIG explicam, em *Os Banqueiros vão nus*, Gradiva, 2015, que “o Basileia III exige que os bancos tenham um capital próprio equivalente a pelo menos 7% dos seus ativos ponderados pelo risco em 1 de Janeiro de 2019⁴⁸⁷ [nota de rodapé 487: estes 7% consistem num requisito de capital mínimo de 4,5% (era de 2% segundo o Basileia II) e numa almofada recentemente introduzida, chamada de conservação, de 2,5% dos ativos do banco ponderados pelo risco. Além disso, os bancos serão obrigados a ter um capital nível 1 de pelo menos 6% e um capital nível 2 de pelo menos 8% dos seus ativos ponderados pelo risco, aos quais deve ser acrescentada a almofada de conservação de capital (...)].

Há uma grande diferença no facto de o requisito de capital de 7% ser relativo ao total de ativos de um banco ou aos seus ativos ponderados pelo risco. Por exemplo, os cerca de 55 mil milhões de euros que o Deutsche Bank declarou no seu balanço no fim de 2011 representavam mais de 14% dos seus ativos ponderados pelo risco de 381 mil milhões de euros, mas apenas 2,5% do seu total de ativos de 2,2 biliões de euros. De uma forma mais geral, quando um banco europeu declara orgulhosamente que tem 10% de “capital nuclear”, podemos apostar que o seu capital próprio é inferior a 5% do seu total de ativos _ muito provavelmente apenas 2% ou 3%.

(...) O acordo Basileia III especifica para os bancos um capital próprio mínimo relativamente aos ativos ponderados pelo risco e não ao seu total de ativos. A abordagem do quociente de alavancagem, que especifica os requisitos de capital próprio relativamente ao total de ativos, constitui uma barreira de proteção para eliminar a redução excessiva dos requisitos de capital pelas ponderações de risco (...) A abordagem da ponderação de risco dá a impressão de ser científica; o risco dos ativos de cada banco é medido “cientificamente” e os requisitos de capital são determinados com base nessas medições (...) A abordagem da ponderação de risco é extremamente complexa e tem muitas consequências indesejáveis que prejudicam o sistema financeiro. Permite que os bancos reduzam os seus requisitos mínimos de capital concentrando-se em investimentos que a regulação considera seguros. Os bancos também podem usar derivados para desviarem os riscos dos seus investimentos para terceiros e isto pode aumentar a interconexão. Um dos exemplos seria a aquisição de swaps de risco de incumprimento por um banco para garantir o risco de crédito dos títulos de dívida que detém. Como vimos no capítulo 5, esta garantia do crédito serviu para justificar o tratamento de títulos hipotecários como sendo perfeitamente seguros; foi também uma fonte de risco sistémico e desempenhou um papel importante na decisão do Estado de resgatar o AIG” (p. 355 a 373).

¹⁷ Relatório de 25 de fevereiro de 2009 do grupo presidido por Jacques de Larosière sobre a supervisão financeira na EU encontra-se disponível em:

Autoridade Bancária Europeia [*European Banking Authority*, ou EBA]¹⁸, nas importantes regras de *soft law* do “Single Rulebook” e na legislação europeia relativa aos requisitos prudenciais e comportamentais¹⁹.

E foi esse caminho legislativo que conduziu à construção da União Bancária²⁰ europeia, cimentada em quatro pilares: (i) o Mecanismo Único de Supervisão, com regras de supervisão microprudencial (ao nível da adequação dos fundos próprios e das estratégias das instituições de crédito face aos riscos), supervisão macroprudencial (procurando-se acautelar o risco sistémico) e supervisão comportamental (através da análise institucional, ao nível da estrutura de *governance* e dos *checks and balances*); (ii) o Mecanismo Único de Resolução; (iii) mecanismos *buffers* para a proteção de depositantes (como o futuro sistema comum de Garantia de Depósitos); e (iv) o *Single Rulebook*²¹.

Ora, todo este ímpeto regulatório, nomeadamente no caso norte-americano, despontou de forma galopante em resposta à crise do *subprime*, sendo demonstrativo do impacto que o mercado imobiliário pode ter no sistema financeiro.

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

¹⁸ Para melhor entendimento da nova arquitetura europeia de supervisão bancária, e a coordenação entre o EBA, o Comité Europeu do Risco Sistémico e as autoridades nacionais de supervisão, vide TROCADO, Sofia Thibaut, A Nova Estrutura Europeia de Supervisão Bancária, em Especial a Autoridade Bancária Europeia, in CÂMARA, Paulo, *et. al.*, *O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012.

¹⁹ Para uma resenha das normas prudenciais relevantes, vide MAGALHÃES, A Evolução do Direito Prudencial Bancário no Pós-Crise: Basileia III e CRD IV, in CÂMARA, Paulo, *et. al.*, *O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012. No domínio da supervisão comportamental, sublinhamos o contributo de Joana Pinto MONTEIRO em O desenvolvimento recente da supervisão bancária comportamental, in CÂMARA, Paulo, *ob. citada*.

²⁰ No *site online* do Banco de Portugal encontram-se escalpelizados os pilares da União Bancária em <https://www.bportugal.pt/page/mecanismo-unico-de-supervisao?mlid=852>, encontrando-se ainda sistematizadas as regras prudenciais (micro, macro e comportamentais), e a legislação relevante europeia e nacional no contexto regulatório.

²¹ Um *Single Rulebook* interativo encontra-se disponível no site do European Banking Authority, em <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>.

No entanto, a importância do crédito à habitação não se resume aos balanços das instituições de crédito (nem aos desenvolvimentos regulatórios que podem vir em resposta ao fracasso de uma má política de concessão de crédito). O crédito à habitação tem uma dimensão social inultrapassável, com um peso significativo no orçamento das famílias (representando, em Portugal, a esmagadora maioria do montante global dos empréstimos concedidos a particulares).

O crédito à habitação tem pois nuances singulares, próprias de um tipo de contrato que tem tanto peso nas famílias portuguesas como na atividade bancária (e no sistema financeiro em geral), sendo igualmente impactante nas famílias e nas instituições de crédito o risco de incumprimento associado a este tipo de crédito.

Assim, no presente estudo, começaremos por fazer uma resenha do crédito à habitação em Portugal e da legislação atualmente em vigor, para depois descrever brevemente a garantia normalmente associada a este tipo de crédito (a hipoteca).

Interessar-nos-á, então, o incumprimento no crédito à habitação em Portugal, nomeadamente o processo executivo que se segue ao incumprimento definitivo, sendo feita uma análise aos juros cujo pagamento pode ser pedido em caso de execução e à admissibilidade de uma cláusula penal indemnizatória neste tipo de contrato.

De seguida, veremos que, em Portugal, a regra é a do prosseguimento da execução para satisfação do remanescente da dívida exequenda, sendo que se procurará explorar as soluções adotadas nos ordenamentos jurídicos espanhol e norte-americano, de modo a tentar descortinar qual a solução mais justa e adequada.

Por fim, colocaremos a ênfase na repartição do risco que atualmente subjaz ao crédito à habitação e nas medidas que procuram a minimização desse risco, para então concluir com uma proposta que poderá permitir uma maior proteção do consumidor mas sem com isso deixar as instituições de crédito numa situação de permeabilidade acrescida às variações no setor imobiliário e/ou na economia

nacional (vulnerabilidade essa que poderia ser perigosa e, em última instância, conduzir a uma nova crise sistémica).

2. O crédito à habitação em Portugal: quadro legal e incumprimento

2.1. O crédito à habitação em Portugal

Em Portugal, para um grande número de famílias, a aquisição de habitação própria representará o maior investimento que será feito ao longo da vida. Muitas famílias preferem deter a propriedade da sua residência, em detrimento do mero arrendamento, de modo a que esse investimento num ativo imobiliário represente uma segurança económica para os proprietários e/ou os seus descendentes.

A partir dos anos 90, deu-se um aumento exponencial da procura do crédito à habitação (tal como ocorreu com o crédito em geral, aumentando a taxa de endividamento das famílias de 20% em 1990 para 80% em 1999²²), sobretudo devido à evolução das taxas de juro e de um maior facilitismo das instituições de crédito na atribuição de mútuos para aquisição de habitação garantidos por hipoteca: assim, não só o mercado imobiliário passou a ter um impacto social de relevo (atendendo ao significativo peso relativo no endividamento das famílias portuguesas) como passou a representar uma parte nuclear da atividade bancária.

Na globalidade do sistema financeiro, a importância do crédito à habitação no negócio bancário ficou espelhada no exemplo da crise do *subprime*, onde uma bolha especulativa no mercado imobiliário provocou uma crise sistémica com implicações diretas no sistema bancário (desde logo, com a queda do gigante *Lehman Brothers*).

Já Portugal acompanhou a tendência generalizada, e a concessão de empréstimos bancários no âmbito do crédito à habitação passou a ocupar uma fatia

²² MARQUES, Maria Leitão / FRADE, Catarina, *O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais*, Impactum Coimbra University Press, 2000, p. 17 (disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/25251/1/NE14_artigo2.pdf?ln=pt-pt)

nuclear do lado do ativo dos balanços dos bancos, representando atualmente mais de 75% do crédito concedido a particulares.

De facto, em junho de 2018, o Centro de Responsabilidades de Crédito contabilizava um montante global de 123.916 milhões de euros de empréstimos concedidos, pelo setor financeiro, às famílias em Portugal. Deste número, 98.139 milhões correspondem a créditos à habitação, valor que por sua vez representa um endividamento superior a metade da percentagem do PIB nacional²³.

Ora, importa destacar valores relativos ao incumprimento: em junho de 2018, os devedores na categoria “famílias” (enquanto agregados familiares, por oposição à categoria “empresas”) já com crédito vencido representavam 10,9% dos devedores nesta categoria (e a rácio entre o crédito vencido e os empréstimos concedidos era de 3,9%); entre estes, e especificamente no âmbito do crédito à habitação, os devedores já com crédito vencido representavam 4,6% (sendo a rácio entre o crédito vencido e os empréstimos concedidos de 2,7%).

Estes números vêm confirmar uma realidade que já se verificava em 2010, de acordo com os dados do Banco de Portugal: “A evidência empírica mostra que o nível e a dinâmica do incumprimento no crédito à habitação diferem significativamente dos observados no crédito ao consumo e outros créditos. De facto, as taxas de incumprimento no crédito à habitação, que em Portugal representa cerca de 75 por cento do crédito concedido aos particulares, tendem a ser significativamente menores do que as observadas nos outros segmentos do crédito concedido a este setor institucional”²⁴.

Confirma-se assim que há uma menor probabilidade de os mutuários de um crédito à habitação incumprirem em relação aos mutuários de outros tipos de

²³ Dados do Boletim Estatístico de agosto de 2018, divulgado no site do Banco de Portugal, disponível em: <https://www.bportugal.pt/publicacao/boletim-estatistico> (p. 41 e p.59).

²⁴ FARINHA, Luísa / LACERDA, Ana, *Incumprimento no Crédito aos Particulares: Qual é o Papel do Perfil de Crédito dos Devedores*, *Relatório de Estabilidade Financeira Novembro 2010* (p. 145 a 165), Banco de Portugal, disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ar201005_p.pdf.

crédito. Contudo, este resultado pode apenas ser “interpretado como um sinal de que o crédito à habitação é concedido às famílias que apresentam um perfil menos arriscado, no sentido de que tendem a pertencer a estratos de rendimento/riqueza relativamente mais elevados”²⁵.

Por outro lado, é indesmentível que uma percentagem de 4,6% de devedores de crédito à habitação já com créditos vencidos traduz um problema não negligenciável (independentemente de nos outros tipos de crédito o panorama do incumprimento ser ainda mais avassalador), sobretudo se se tiver em conta a ordem de grandeza dos valores em causa neste crédito de escopo em particular.

2.2. O contrato de crédito para aquisição ou construção de habitação própria garantido por hipoteca enquanto contrato de consumo

O crédito à habitação constitui, desde logo, um empréstimo ou mútuo bancário²⁶, sendo que o regime jurídico do contrato de crédito bancário entronca tanto nas regras do mútuo civil como nas regras do mútuo comercial ou mercantil.

²⁵ FARINHA, Luísa, *Incumprimento... cit.*, p. 158.

²⁶ Na terminologia de ENGRÁCIA ANTUNES, o mútuo bancário representa “o contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (“tantundem”) acrescido dos correspondentes juros” (in ANTUNES, José Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 5ª Reimpressão, Almedina, 2017, p. 497 e 498).

Neste âmbito, importa referir a querela doutrinária sobre a qualificação do mútuo, e se o mesmo pode ser qualificado como *real quoad constitutionem* ou como um contrato meramente consensual.

A maioria da doutrina considera que, no mútuo, a *datio rei* (entrega da coisa por parte do mutuante) é um elemento constitutivo do contrato de mútuo e não um mero efeito (considerando assim o mútuo como um contrato real *quoad constitutionem*). Tal é a posição de Menezes LEITÃO, quando defende que o mútuo é “claramente entre nós um contrato real *quoad constitutionem*, exigindo a tradição das coisas mutuadas para a sua constituição. Essa tradição não tem, no entanto, que corresponder a uma entrega material das coisas mutuadas, podendo considerar-se suficiente que o mutuante atribua ao mutuário a disponibilidade jurídica das quantias mutuadas, como sucederá, por exemplo, se a soma for creditada na conta-corrente do mutuário”. Sobre a possível qualificação como um contrato *quoad effectum*, o Autor refere que “não há obstáculos à qualificação do mútuo como um contrato real *quoad effectum*, na medida em que a sua celebração produz efeitos reais. No entanto, é manifesto que o mútuo constitui um caso

Por outro lado, o crédito à habitação representa uma modalidade do mútuo de escopo²⁷, destacando-se ainda que o contrato de crédito para habitação deve ser

especial no âmbito dos contratos reais *quoad effectum*, na medida em que, apesar de se poder considerar que também neste caso é por mero efeito de contrato que se produzem efeitos reais, como prevê o artigo 408.º, n.º 1, a verdade é que a função essencial dessa norma é a de dispensar a entrega da coisa para a transmissão da propriedade, o que não ocorre no mútuo, uma vez que a sua própria celebração pressupõe essa entrega” (in *Direito das Obrigações, Volume III - Contratos em Especial*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 386).

Contudo, parte da doutrina tem vindo a qualificar o mútuo como sendo um contrato meramente consensual. A traduzir este entendimento mais recente, temos a posição de MENEZES CORDEIRO, quando indica que “o mútuo tem sido considerado *quoad constitutionem*. Assim, ele só produziria os seus efeitos pela entrega da coisa mutuada. Trata-se de uma conceção em regressão; de todo o modo, não haverá dificuldades _ tal como vimos suceder com o depósito _ em admitir, ao lado do mútuo típico real, mútuos meramente consensuais” (*Direito Bancário*, 5ª ed., Almedina, 2014, p. 664).

²⁷ Segundo MENEZES CORDEIRO, através do mútuo de escopo “contratualmente, o mutuário fica adstrito a dar um determinado destino à importância recebida”. Explica o autor que “em termos jurídicos, a consignação, num contrato de mútuo, de determinado escopo, para a aplicação do financiamento, redundava na assunção de um dever, a cargo do mutuário. (...) No caso de incumprimento, o banqueiro poderia resolver o contrato, provocando o vencimento imediato da obrigação de restituição. Essa faculdade de resolução por desrespeito do escopo deve ficar contratualmente consignada. Alguns bancos têm, assim, o cuidado de inserir, em cláusulas contratuais gerais relativas à concessão de crédito, uma cláusula resolutória correspondente à inobservância do escopo” (CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 5ª ed., Almedina, 2014, p. 677).

Efetivamente, as consequências do incumprimento do dever de dar um destino determinado à importância tanto podem estar expressamente previstas no contrato _ a jurisprudência e a doutrina reconhecem a adequação da designada “cláusula resolutiva expressa” (vide CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, 2002, p. 363); na jurisprudência, temos o exemplo do douto acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29.02.2012 _ , como ser retiradas das próprias normas legais. Neste contexto, saliente-se, o diploma que estabelece o regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria, DL n.º 349/98, de 11 de novembro (última alteração pelo DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho), e nomeadamente o seu art.º 29.º-A, onde se prevê, em caso de falsas declarações, a integração imediata dos mutuários no regime legal de crédito e da obrigatoriedade de reembolso ao Estado das bonificações auferidas ao longo da vigência do mútuo, com uma penalização de 25%). Note-se ainda que os regimes de crédito bonificado à habitação e crédito jovem bonificado foram revogados com o Decreto-Lei n.º 305/2003, de 9 de dezembro; a exceção da bonificação mantém-se para o crédito à habitação para pessoas com deficiência.

Por fim, saliente-se que a doutrina distingue entre (i) o mútuo de escopo legal (concessão de crédito para fins específicos, sendo o mutuante uma instituição financeira); (ii) o mútuo de escopo legal facilitado (onde o Estado ou outro ente público facilita a concessão de crédito a taxas mais baixas do que as do mercado); e (iii) o mútuo de escopo voluntário (em que as partes estabelecem livremente limites às quantias mutuadas) (cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações...* cit., p. 416).

encarado como um contrato de consumo (e o respetivo mutuário como um consumidor).

Com efeito, para efeitos de um contrato de crédito ao consumidor (bem como de um contrato de crédito ao consumidor para imóvel de habitação), consumidor é a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional²⁸.

No entanto, os contratos de crédito à habitação não se encontram tutelados pelo regime geral aplicável a contratos de crédito aos consumidores (regulado pelo Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho, alterado pelo DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho), tendo legislação própria (através do DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho).

Explica Jorge MORAIS CARVALHO que “a razão de ser desta exclusão está essencialmente na consideração de que, nos contratos de reduzido valor económico, a imposição de obrigações excessivas ao profissional poderia desincentivar a própria celebração do contrato, por desinteresse da parte destes, e, nos contratos de valor económico elevado, o consumidor não necessitar de uma especial proteção, uma vez que a cautela associada à celebração desse contrato é maior”. Concordamos com o autor quando refere que “entendemos que a opção também é criticável por deixar os consumidores desprotegidos em relação a alguns dos contratos mais relevantes, tendo em conta o seu valor”²⁹. De resto, não deixa

Luís Menezes LEITÃO categoriza ainda três modalidades de mútuo de escopo que se encontram previstos em legislação especial: crédito à habitação, crédito ao consumo e crédito ao setor das pescas (*in Direito das Obrigações... cit.*, p. 417).

²⁸ Aquela é a definição constante na alínea a) do n.º 1 do art. 4.º do DL 133/2009, de 2 de junho, e que também resulta da Diretiva 2014/17/UR do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação (que por sua vez remete para a definição da alínea a) do art. 3.º da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores).

²⁹ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª ed., Almedina, 2016 (p.296 a 297).

de ser surpreendente que um dos contratos com maior relevância social (que representa a principal causa de endividamento das famílias portuguesas) se encontre excluído do âmbito de aplicação de um diploma tão relevante.

Note-se que a Diretiva 2014/17/UR do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação (e que esteve na base do DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho), refere especificamente que “a presente diretiva deverá desenvolver um mercado interno mais transparente, eficiente e competitivo, através de contratos de crédito para bens imóveis que sejam coerentes, flexíveis e equitativos, promovendo simultaneamente a concessão e contração de empréstimos de forma sustentável e a inclusão financeira, e **proporcionando assim um nível elevado de proteção dos consumidores**” [destaque nosso].

Ora, conforme se verá adiante, o DL n.º 133/2009, de 2 de junho, contém regras quanto à usura (no art. 28.º) que não se aplicam ao crédito à habitação, pelo que a legislação nacional não proporciona atualmente esse grau de proteção ao consumidor.

Por fim, saliente-se que o contrato de crédito à habitação é um contrato celebrado praticamente por adesão do mutuário: na terminologia de OROZCO PRADO e SERRABONA GONZALEZ, “o instrumento fundamental de financiamento que os adquirentes utilizaram para poder aceder à compra de imóveis foi a compra e venda vinculada a empréstimo hipotecário, que se converteu assim em típico contrato de consumo: celebrado por adesão, vinculado e quase forçoso”³⁰. O mutuário de um crédito à habitação encontra-se assim numa posição de clara desvantagem em relação à instituição de crédito, havendo por isso especial necessidade de ter em atenção a defesa dos seus interesses.

³⁰ OROZCO PRADO E SERRABONA GONZALEZ, *Problemática de la ejecución hipotecaria en el contexto de la crisis financiera*, Liber Amicorum Mária Frota, Almedina, 2012, p. 229, apud RAPOSO, João Vasconcelos, *Crédito Hipotecário, Incumprimento e Execução no Contexto da Crise Financeira - a “Dação Potestativa” como Solução?*, Almedina, 2016, p. 25.

Por tudo o que ficou exposto, como em qualquer outro contrato de crédito, é necessária uma efetiva tutela do consumidor no âmbito do crédito à habitação, que deve passar não só por especiais deveres de informação mas também por políticas comerciais que não sejam enganosas ou desleais e agressivas³¹, bem como por uma salvaguarda em aspetos como o estabelecimento de limites aos juros praticados pelas instituições de crédito.

2.3. Legislação específica do crédito à habitação

O **Decreto-Lei n.º 74-A/2017**, de 23 de junho (alterado pela Lei n.º 32/2018, de 18 de julho) é atualmente o diploma central do crédito à habitação: transpõe parcialmente a Diretiva n.º 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014 (relativa a contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados a habitação) e veio estabelecer o regime dos contratos de crédito relativos a imóveis garantidos por hipoteca ou por outro direito sobre coisa móvel, revogando ainda diversos diplomas que incidiam no crédito à habitação³².

Com a Diretiva n.º 2014/17/UE, procurou-se, através de uma iniciativa regulatória para o mercado de crédito para imóveis no espaço europeu, assegurar a

³¹ Na ótica do DL n.º 57/2008, de 26 de março (alterado pelo DL n.º 205/2015, de 23 de setembro), relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, vide LEITÃO, Luís Menezes, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Abril - Junho 2011, p. 423 a 445, disponível no site da Ordem dos Advogados em <http://www.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>.

³² O Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, que estabelece o regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria (regulando nomeadamente a aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria, permanente, secundária ou para arrendamento, tal como a aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente) foi parcialmente revogado.

O Decreto-Lei 51/2007, de 7 de março, que regulava as práticas comerciais das instituições de crédito e assegurava a transparência da informação por estas prestadas no âmbito da celebração e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para a aquisição de terrenos para construção de habitação própria, foi revogado.

Através do artigo 46.º do DL 74-A/2017 foram ainda revogados o DL n.º 240/2006, de 22 de novembro, o DL n.º 171/2008, de 26 de agosto, o DL n.º 192/2009, de 17 de agosto e o DL n.º 226/2012, de 18 de outubro.

tutela dos consumidores que celebram contratos de crédito à habitação, através de mecanismos como a harmonização da prestação de informação pré-contratual (com a Ficha de Informação Normalizada Europeia - FINE) ou o cálculo da taxa anual de encargos efetiva global (TAEG), ficando os Estados-Membros autorizados a reforçar pela via legislativa a tutela dos interesses dos consumidores.

Ora, a opção legislativa portuguesa passou por fazer a distinção entre, por um lado, a concessão de crédito garantido por hipoteca ou outro direito sobre imóveis (independentemente de estes se destinarem ou não à habitação), regulada pelo DL n.º 74-A/2017 e, por outro lado, o regime do contrato de crédito ao consumo (regulado pelo Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho, alterado pelo DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho)³³.

Neste DL n.º 74-A/2017, deu-se desde logo grande importância aos deveres de informação a respeitar pelo mutuante (artigos 7.º a 9.º), estabelecendo-se a obrigatoriedade de indicação da TAEG e da Taxa Anual Nominal [TAN]³⁴ de forma perceptível para o consumidor (art. 10.º, art. 22.º) bem como de informações pré-contratuais de particular relevo (art. 12.º e 13.º), além do dever de assistência ao consumidor (art. 14.º).

Por outro lado, de modo a reduzir o risco de crédito, os mutuantes passaram a ficar adstritos a uma avaliação mais rigorosa da solvabilidade do consumidor (artigos 16.º e 17.º), bem como a proceder a uma avaliação dos imóveis nos termos do artigo 18.º (destacamos sobretudo a necessidade de os mutuantes deverem proceder à avaliação dos imóveis com recurso a um perito avaliador independente,

³³ Note-se que os contratos de crédito sem garantia hipotecária e cujo fim seja a realização de obras em imóveis de habitação ficaram sujeitos ao regime do DL n.º 133/2009, de 2 de junho.

³⁴ A TAEG corresponde ao custo total do crédito para o consumidor, expresso em percentagem anual do montante total do crédito (incluindo, se for caso disso os custos previstos no art. 15.º n.º2) e que torna equivalentes, numa base anual, os valores atuais do conjunto das obrigações assumidas, considerando o crédito utilizado, os reembolsos e os encargos (atuais e futuros) que tenham sido acordados entre o mutuante e o consumidor [cfr. art. 4.º n.º 1 al. s)].

Já a TAN corresponde ao juro remuneratório mais concretamente à taxa de juro expressa numa percentagem fixa ou variável aplicada numa base anual ao montante do crédito utilizado [cfr. art. 4.º n.º 1 al. t)].

habilitado para o efeito através de registo na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, e o facto de o consumidor poder requer ao mutuante a realização de uma segunda avaliação do imóvel).

Relativamente às taxas de juros bancários (e respetivos arredondamentos), as mesmas encontram-se reguladas em diversos artigos: o artigo 15.º dispõe sobre o cálculo da TAEG; o artigo 20.º sobre os empréstimos em moeda estrangeira; e o artigo 21.º sobre empréstimos a taxa de juro variável.

O direito ao reembolso antecipado por parte do consumidor encontra-se regulado no artigo 23.º, estatuinto-se os respetivos valores máximos de comissão a pagar pelo consumidor nos casos de reembolso antecipado parcial ou total (art. 23.º n.º 5).

O artigo 27.º vem determinar os pressupostos cumulativos para que o mutuante possa, em caso de incumprimento no contrato de crédito pelo consumidor, invocar a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato: (i) a falta de pagamento de três prestações sucessivas; (ii) a concessão, pelo mutuante, de um prazo suplementar mínimo de 30 dias para que o consumidor proceda ao pagamento das prestações em atraso, com a expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato, sem que este o faça³⁵.

Por sua vez, o artigo 28.º salvaguarda o direito que o consumidor tem à retoma do contrato no prazo para a oposição à execução relativa a créditos à habitação caso não tenha havido lugar à reclamação de créditos por parte de outros credores e desde que se tenha verificado o pagamento das prestações vencidas e não pagas, bem como dos juros de mora e das despesas em que o mutuante tenha incorrido e que tenha justificado documentalmente.

³⁵ O n.º2 do art. 27.º vem, por sua vez, determinar que “o incumprimento parcial da prestação não é considerado para os efeitos previstos no número anterior, desde que o consumidor proceda ao pagamento do montante em falta e dos juros de mora eventualmente devidos até ao momento da prestação seguinte”.

Destaque ainda para o regime sancionatório previsto no artigo 29.º (com um número muito significativo de contraordenações a incidir sobre o incumprimento de deveres de informação ao consumidor).

Por fim, as competências do Banco de Portugal ficam patenteadas nas disposições complementares e finais (desde logo, com os poderes de supervisão previstos no artigo 39.º, mas também pelo facto de, sem prejuízo do recurso aos meios judiciais, os consumidores, fiadores e demais interessados poderem apresentar diretamente ao Banco de Portugal reclamações fundadas no incumprimento das normas do presente decreto-lei).

Não obstante o âmbito de intervenção alargado por este DL n.º 74-A/2017, importa sublinhar outros diplomas igualmente relevantes para o crédito à habitação:

- o **Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro** (última alteração pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro), que instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Uma vez que os contratos de crédito à habitação são, em regra, baseados em cláusulas pré-elaboradas pelos mutuantes (e sem uma negociação ou qualquer contributo do mutuário), aplica-se o regime instituído por este diploma, de modo a que as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual (e cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar) obedeçam aos “imperativos constitucionais de combate aos abusos do poder económico e de defesa do consumidor” (na terminologia do preâmbulo);
- o **Decreto-Lei 255/93, de 15 de julho**, que regula a transmissão de imóveis destinados à habitação, sendo aplicável à compra e venda com mútuo, com ou sem hipoteca; o diploma contém normas relativas à forma (documento particular, com reconhecimento de assinatura), ao registo obrigatório, à prova matricial e às obrigações fiscais;

- o **Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro**, que estabelece os princípios e as regras a observar pelas instituições de crédito no acompanhamento e gestão de situações de risco de incumprimento e na regularização extrajudicial das situações de incumprimento das obrigações de reembolso do capital ou de pagamento de juros remuneratórios por parte dos clientes bancários, em (i) contratos de crédito para a aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente (secundária ou para arrendamento), bem como para aquisição de terrenos para construção de habitação própria, (ii) contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre bem imóvel; (iii) outros contratos de crédito não relacionados com habitação.

Este diploma visa sobretudo (a) promover a prevenção do incumprimento e a regularização das situações de incumprimento (sobretudo em situações de desemprego e em caso de quebra anómala dos rendimentos em virtude de dificuldades económicas); (b) prever a criação por parte das instituições de crédito de um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI), que descreva os procedimentos e as medidas adotados para o acompanhamento da execução dos contratos de crédito e a gestão de situações de risco de incumprimento; (c) implementar um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), através do qual as instituições bancárias possam apresentar propostas de regularização adequadas à situação financeira dos clientes bancários que se encontrem em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito; (d) possibilitar ao cliente bancário o recurso a um Mediador do Crédito (nos termos do Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de junho) caso não haja acordo entre as partes no final do PERSI; (e) minorar as assimetrias de informação entre consumidores e instituições de crédito (através de

mecanismos de informação e acompanhamento dos consumidores em risco de incumprimento);

- o **Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio**, que estabelece as normas aplicáveis à classificação e contagem de prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor. Neste diploma, destacamos: (i) a permissão da capitalização de juros mediante convenção das partes, desde que os juros remuneratórios que integram as prestações vencidas e não pagas apenas sejam capitalizados uma vez relativamente a cada prestação; (ii) a proibição da capitalização de juros moratórios (com exceção dos processos de reestruturação ou consolidação de créditos); (iii) a consagração de um regime uniforme de juros moratórios em caso de mora dos clientes bancários, afastando-se a possibilidade de fixação de cláusulas penais moratórias (mantendo-se a possibilidade de as partes convencionarem entre si a existência de cláusulas penais indemnizatórias em caso de incumprimento definitivo do contrato);
- o **Aviso n.º 4/2017** do Banco de Portugal, que estabelece procedimentos e critérios para a avaliação da solvabilidade dos consumidores pelas entidades concessionárias de crédito. Já a **Instrução n.º 3/2018** do Banco de Portugal (que visa “contribuir para a resiliência do sistema financeiro, promovendo a sua capacidade de absorção de choques externos”) institui novos critérios para a ponderação do impacto na solvabilidade dos consumidores de eventuais aumentos do indexante aplicável a contratos de crédito a taxa de juro variável ou a taxa de juro mista³⁶;

³⁶ A Instrução n.º 3/2018, por sua vez, revogou a Instrução n.º 15/2017 do BdP, ajustando assim os aumentos do indexante. Por exemplo, em caso de contrato de crédito a taxa de juro variável, a instituição de crédito deve considerar o impacto, no montante dos encargos associados ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito, de um aumento do indexante em, pelo menos, 1 ponto percentual se o contrato de crédito tiver prazo igual ou inferior a 5 anos; 2

- o **Aviso n.º 5/2017** do Banco de Portugal complementa o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e estabelece (i) um conjunto de deveres a observar pelos mutuantes na definição, aprovação e monitorização das políticas de remuneração dos trabalhadores envolvidos na elaboração, comercialização e concessão de contratos de crédito; (ii) as regras a observar pelos mutuantes (e pelos intermediários de crédito) no respeitante ao dever de assistência ao consumidor; (iii) deveres de informação aplicáveis aos mutuantes na negociação e celebração dos contratos de crédito, bem como na sua vigência;
- a **Instrução n.º 19/2017** do Banco de Portugal, que institui uma Ficha de Informação Normalizada Europeia aplicável aos contratos de crédito à habitação e a outros contratos de crédito hipotecário (na sequência da transposição parcial da Diretiva n.º 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, através do DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho);
- a **Carta Circular 26/2015/DSC** do Banco de Portugal, de 3 de março, veio colocar o enfoque na “evolução para valores negativos das taxas de juro da Euribor nos prazos mais frequentemente utilizados nas operações de crédito concedidas a consumidores e empresas no mercado nacional”³⁷. Posteriormente, a **Lei n.º 32/2018, de 18 de julho**, instituiu a obrigatoriedade de as instituições bancárias refletirem totalmente a descida da taxa Euribor nos contratos de crédito à habitação.

pontos percentuais, se o prazo for superior a 5 anos e igual ou inferior a 10 anos e 3 pontos percentuais, se o prazo for superior a 10 anos).

³⁷ Para maior desenvolvimento sobre a variação negativa de indexantes no ordenamento jurídico português e os seus efeitos em contratos de crédito, vide CARVALHO, João Santos, *A (Hipotética) Remuneração do Mutuário - Efeitos das Taxas de Juro de Referência Negativas em Contratos de Crédito Bancário*, Almedina, 2018.

Por outro lado, não podemos deixar de enumerar algumas soluções legais que procuraram especificamente proteger os mutuários.

2.3.1. *Legislação protetora dos mutuários*

Conforme detalhado *supra*, o **Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho**, veio introduzir regras que representam medidas de proteção ao consumidor, e isto sobretudo ao nível dos deveres de informação e de assistência ao consumidor (procurando trazer maior previsibilidade aos consumidores).

No entanto, outras medidas legislativas já se encontravam em prática, de modo a salvaguardar outros interesses dos consumidores.

Começamos pelo **Decreto-Lei 58/2012, de 9 de novembro**, alterado pela **Lei n.º 58/2014, de 25 de agosto**, que veio criar um regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil³⁸.

³⁸ Sublinhe-se que não foi aprovado o Projeto de lei n.º 996/XII/4.^a, com uma 2^a alteração à lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, que propunha medidas urgentes para mutuários de crédito à habitação em situação económica muito difícil, procurando nomeadamente (i) tornar os critérios para acesso ao regime extraordinário mais abrangentes (com o aumento do valor patrimonial tributário do imóvel máximo e com o ênfase no valor líquido do rendimento do agregado familiar e já não no valor bruto); (ii) obrigar a instituição bancária a aplicar um período de carência parcial ou total na aplicação do plano de reestruturação das dívidas e criar a possibilidade de perdão parcial do montante em dívida em casos de créditos já avançados no tempo; (iii) eliminar as obrigações contratuais remanescentes após a dação em cumprimento ou a entrega do imóvel a um Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional (FFIAH), nas situações limite (sendo que, “desta forma, libertam-se as famílias de situações em que o crédito à habitação poderia representar uma prisão para a vida, mesmo já não sendo titulares do imóvel”), (iv) melhorar a proteção das famílias.

Projeto de lei disponível *online* em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3QCLEfk-9V4J:app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.doc%3Fpath%3D6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c6548527663793977616d77354f54597457456c4a4c6d527659773d3d%26fich%3Dpj1996-XII.doc%26Inline%3Dtrue+&cd=7&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>

A importância social da Banca fica por demais patenteada na presente lei: com efeito, ainda que os bancos sejam, na sua esmagadora maioria, entidades privadas (exceção feita à Caixa Geral de Depósitos), a verdade é que ficam sujeitos à imperatividade desta lei e à obrigatoriedade de colaborar numa solução normativa que visa exclusivamente proteger as famílias que estejam com dificuldade em cumprir o pagamento de prestações de um contrato de mútuo com hipoteca que incida sobre um imóvel que seja a única habitação do agregado familiar.

Importa desde logo conhecer quais as famílias devedoras que podem beneficiar deste regime de proteção. Os requisitos cumulativos de aplicabilidade encontram-se previstos no art.º 4, a saber: (i) o crédito à habitação tem de estar garantido por hipoteca que incida sobre imóvel que seja a **habitação própria permanente e única habitação** do agregado familiar do mutuário; (ii) o agregado familiar do mutuário se encontre em situação económica muito difícil nos termos do artigo 5.º³⁹; (iii) o valor patrimonial tributário do imóvel não pode exceder (a)

³⁹ Quanto ao “agregado familiar” que a lei considera estar em situação económica muito difícil, releva o art.º 5, que determina os critérios de uma forma pormenorizada:

“1 — Para efeitos da presente lei, considera-se em situação económica muito difícil o agregado familiar relativamente ao qual se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

a) Pelo menos um dos mutuários, seu cônjuge ou pessoa que com ele viva em condições análogas às dos cônjuges, se encontre em situação de desemprego ou o agregado familiar tenha sofrido uma redução do rendimento anual bruto igual ou superior a 35 %;

b) A taxa de esforço do agregado familiar [% do rendimento líquido total do agregado destinado ao pagamento de prestações de crédito] com o crédito à habitação tenha aumentado para valor igual ou superior a:

i) 45 % para agregados familiares que integrem dependentes;

ii) 50 % para agregados familiares que não integrem dependentes;

iii) 40% para agregados familiares considerados famílias numerosas;

c) O valor total do património financeiro de todos os elementos do agregado familiar seja inferior a metade do rendimento anual bruto do agregado familiar;

d) O património imobiliário do agregado familiar seja constituído unicamente:

i) Pelo imóvel que seja a habitação própria e permanente do agregado familiar; e

ii) Por garagem e imóveis não edificáveis, até ao valor total de € 20 000;

e) O rendimento anual bruto do agregado familiar não exceda 14 vezes o valor máximo calculado em função da composição do agregado familiar e correspondente à soma global das seguintes parcelas:

i) Pelo mutuário: 100 % do valor do salário mínimo nacional ou 120 % no caso de o agregado familiar ser composto apenas pelo requerente;

ii) Por cada um dos outros membros do agregado familiar que seja maior: 70 % do valor do salário mínimo nacional;

€ 100.000 nos casos em que o imóvel hipotecado tenha coeficiente de localização até 1,4; (b) € 115.000 nos casos em que o imóvel hipotecado tenha coeficiente de localização entre 1,5 e 2,4; (c) € 130.000 nos casos em que o imóvel hipotecado tenha coeficiente de localização entre 2,5 e 3,5.

Em caso de incumprimento, os mutuários têm direito à aplicação de uma ou de várias modalidades de proteção em caso de eventual execução da hipoteca sobre o imóvel (art.º 7.º):

- (i) um plano de reestruturação das dívidas emergentes do crédito à habitação, através do qual a instituição de crédito apresente ao mutuário uma proposta de plano de reestruturação da dívida decorrente do crédito à habitação, sendo aplicável uma ou mais medidas como: a concessão de um período de carência, a prorrogação do prazo de amortização do empréstimo, a redução do *spread* aplicável durante o período de carência, e/ou a concessão de um empréstimo adicional autónomo [cfr. artigo 10.º];
- (ii) medidas complementares ao plano de reestruturação, caso o plano de reestruturação se mostre inviável durante a sua execução ou em caso de incumprimento pelo mutuário de três prestações seguidas previstas no plano de reestruturação [cfr. art. 19.º]; ou

iii) Por cada membro do agregado familiar que seja menor: 50 % do valor do salário mínimo nacional.

2 — Para efeitos da al. a) do número anterior, considera-se que um membro do agregado familiar se encontra desempregado quando, tendo sido trabalhador por conta de outrem ou por conta própria, se encontre inscrito como tal no centro de emprego.

3 — Para efeitos da al. a) do n.º 1, releva a redução de rendimento:

a) Proveniente de atividade profissional prestada a entidade em que nenhum dos membros do agregado familiar detenha uma participação qualificada, tal como é definida no artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras;

b) Ocorrida nos 12 meses anteriores à apresentação do requerimento de acesso.

4 - Para efeitos da al. b) do n.º 1, a taxa de esforço do agregado familiar do mutuário é calculada tendo em conta os encargos decorrentes de todos os contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre a habitação própria e permanente do mutuário, independentemente da sua finalidade.”

- (iii) medidas substitutivas da execução hipotecária [cfr. art. 20.º], que são apresentadas pela instituição de crédito após requerimento do devedor (cfr. 22.º), sendo que se encontram previstas três modalidades no art. 21.º: a dação em cumprimento do imóvel hipotecado⁴⁰; a alienação do imóvel a Fundos de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional (ou FIIAH), promovida e acordada pela instituição de crédito, com ou sem arrendamento e opção de compra a favor do mutuário e entrega do preço à instituição de crédito, liquidando-se assim a dívida; ou a permuta por uma habitação de valor inferior, com revisão do contrato de crédito e redução do capital em dívida pelo montante da diferença de valor entre as habitações.

Por fim, importa sublinhar que, apesar de se tratar de uma solução legal que pretende, acima de tudo, proteger os devedores em dificuldades económicas, a verdade é que nem por isso se promoveu uma cabal desresponsabilização dos mesmos: em caso de falsas declarações, cessam as medidas entretanto implementadas nos termos da presente lei, devendo o mutuário indemnizar a instituição de crédito por danos, incluindo lucros cessantes (cfr. art. 34.º n.º 1), e incorrendo inclusivamente o mutuário no ilícito de fraude na obtenção de crédito previsto no art.º 38.º do DL 28/84, de 20 de janeiro (art.º 34.º n.º 2).

Por sua vez, a **Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro**, veio criar salvaguardas para os mutuários de crédito à habitação (com alterações ao Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro). Note-se que os artigos aditados ao DL n.º 349/98 por esta lei foram revogados, sendo essas mesmas regras incorporadas no DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho (analisado *supra*), mantendo-se apenas em vigor

⁴⁰ A Lei 58-2012 estabelece o momento da concretização da dação em cumprimento do imóvel hipotecado: nos termos do artigo 24.º, para efeitos de cumprimento das obrigações do mutuário decorrentes do contrato de crédito à habitação, a dação em cumprimento ocorre no momento da transmissão do imóvel para a titularidade da instituição de crédito.

atualmente, de entre os artigos aditados ao DL n.º 349/98 pela Lei n.º 59/2012, o relevante artigo 23.º-A (relativo ao regime especial de garantias do empréstimo ⁴¹).

Já o **Decreto-Lei n.º 37/2018, de 4 de junho**⁴², veio instituir um verdadeiro Programa de Apoio ao Acesso à Habitação (o designado “1.º Direito”). No preâmbulo reconhece-se o “papel central da habitação e da reabilitação para a melhoria da qualidade de vida das populações, para a revitalização e competitividade das cidades e para a coesão social e territorial” pretendendo-se possibilitar o acesso a uma habitação condigna por parte de “pessoas que vivem em condições habitacionais indignas e que não dispõem capacidade financeira para suportar o custo do acesso a uma habitação adequada” (artigo 2.º).

Estabelece-se o direito a aceder a uma habitação financiada com apoio concedido ao abrigo do 1.º Direito para pessoas ou agregados que reúnam cumulativamente os três requisitos de elegibilidade previstos no artigo 6.º: (i) viver em condições indignas (nos termos do art. 5.º); (ii) estar em situação de carência financeira [nos termos do art. 4.º al. e)]; (iii) ser cidadão nacional (ou, sendo estrangeiro, ter certificado de registo de cidadão comunitário ou título de residência válido no território nacional).

⁴¹ “Artigo 23.º-A

Regime especial de garantias do empréstimo

1 - A instituição de crédito mutuante e o mutuário podem, por acordo, sujeitar o empréstimo às seguintes regras especiais:

- a) Em reforço da garantia de hipoteca da habitação adquirida, construída ou objeto das obras financiadas, incluindo o terreno, apenas pode ser constituído seguro de vida do mutuário e cônjuge e seguro sobre o imóvel;
- b) A venda executiva ou dação em cumprimento na sequência de incumprimento do empréstimo pelo mutuário exoneram integralmente o mutuário e extinguem as respetivas obrigações no âmbito do contrato de empréstimo, independentemente do produto da venda executiva ou do valor atribuído ao imóvel para efeitos da dação em cumprimento ou negócio alternativo.

2 - Na negociação de qualquer contrato de crédito à habitação a instituição de crédito mutante deve informar o mutuário da existência deste regime especial e respetivas regras.”

⁴² Este Decreto-Lei n.º 37/2018, de 4 de junho, foi posteriormente regulamentado pela **Portaria n.º 230/2018, de 17 de agosto.**

O Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P. (IHRU) tem o papel de prestar o apoio em espécie (art. 15.º) e o apoio técnico (16.º) tanto às pessoas que pretendam beneficiar de apoio direto para acesso a uma habitação adequada através do presente decreto-lei (art. 25.º) como às associações de moradores e cooperativas de habitação (art. 26.º al. d) ou aos proprietários de frações ou prédios situados em núcleos degradados (art. 26.º al. e) que estejam em condições de solicitar o aconselhamento, cabendo-lhe ainda gerir e promover os procedimentos necessários à concessão dos apoios financeiros de acordo com as disponibilidades orçamentais existentes, decidir sobre o financiamento das habitações e assegurar uma monitorização contínua e uma avaliação bienal do programa (art. 24.º n.º 1).

É igualmente o IHRU a entidade que concede o financiamento às soluções habitacionais (art. 24.º n.º 2), sendo que as condições gerais das participações relativas a reabilitação, construção ou aquisição se encontram previstas no art. 19.º e que as condições gerais dos empréstimos se encontram vertidas no art. 20.º (prevendo-se igualmente, neste mesmo artigo, que a parte das despesas elegíveis que não é participada possa ser financiada com empréstimos bonificados).

No entanto, os empréstimos bonificados podem ser concedidos “por instituições de crédito que, para o efeito, celebrem um protocolo com aquele instituto, que dá conhecimento do mesmo à Direção -Geral do Tesouro e Finanças (DGTF)” (art. 24.º n.º 2) sendo que “as instituições de crédito que pretendam celebrar protocolos ao abrigo do número anterior comunicam essa intenção ao Banco de Portugal, não ficando prejudicada pelo disposto no presente diploma a aplicação das normas que regulam a atividade dessas instituições, designadamente as constantes do regime jurídico do crédito hipotecário” (art. 24.º n.º 3).

Refira-se, por fim, que o apoio previsto no presente diploma tanto pode ser prestado (i) a beneficiários diretos, ou seja às pessoas que preenchem os requisitos de acesso ao 1.º Direito, isoladamente ou enquanto titulares de um agregado (artigos 25.º e 31.º a 34.º), como (ii) a entidades beneficiárias como o Estado

(através da DGTF), as Regiões Autónomas e municípios, associações de municípios que tenham sido constituídas para efeito de resolução conjunta de situações de carência habitacional, empresas públicas, entidades públicas empresariais ou institutos públicos das administrações central, regional e local, misericórdias, instituições particulares de solidariedade social, entre outras (art. 26.º e artigos 35.º a 36.º).

Com a proliferação dos diplomas acima elencados, muito se evoluiu em Portugal ao nível do crédito à habitação, nomeadamente ao nível das exigências de informação a prestar ao mutuário enquanto consumidor e ao nível da proteção e dos incentivos às famílias em maiores dificuldades económicas.

Contudo, a verdade é que ainda persiste uma grande margem de discricionariedade na atuação das instituições de crédito no âmbito do crédito à habitação (nomeadamente ao nível dos juros remuneratórios, conforme se verá adiante).

Por outro lado, também ao nível jurisprudencial não tem existido uniformidade nas decisões prolatadas no âmbito do incumprimento no crédito à habitação (sendo que as divergências jurisprudenciais serão adiante abordadas).

2.4. A hipoteca, enquanto garantia especial de contratos de compra e venda com mútuo

Ao nível das garantias gerais das obrigações, temos desde logo o património do devedor que assegura o cumprimento da obrigação⁴³. Nos termos do artigo 601.º do Código Civil, pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente

⁴³ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, 7ª ed., Almedina, 2009, p. 419 e ss.

estabelecidos em consequência da separação de patrimónios. Assim, apenas ficam fora do âmbito das garantias gerais os bens impenhoráveis⁴⁴.

Note-se, contudo, que, no âmbito de uma garantia geral, apesar de um credor poder atacar todos os bens do devedor que sejam suscetíveis de penhora, a verdade é que se encontrará no mesmo pé de igualdade dos demais credores: o património do devedor servirá como garantia comum dos credores⁴⁵.

Assim, para evitar essa transversalidade e igualdade entre credores (que os pode desproteger, sobretudo em caso de insuficiência dos bens para fazer face a todos os compromissos), os credores tendem a procurar meios de salvaguarda e reforço da sua garantia, nomeadamente garantias especiais⁴⁶.

As garantias especiais representam assim um reforço da segurança atribuído a um ou alguns dos credores do devedor em relação à garantia comum que é conferida pelo património do devedor (nomeadamente pelos bens penhoráveis), sendo que se distinguem garantias pessoais das garantias reais. No caso da garantia pessoal, o reforço reflete-se na obrigação secundária assumida por um devedor diferente (que fica igualmente obrigado com o seu próprio património, reforçando assim a garantia geral da obrigação, para o caso de ocorrência de um incumprimento pelo devedor). Já no caso da garantia real, o reforço da segurança

⁴⁴ GOMES, Januário Costa Gomes, A Esfera de bens impenhoráveis e o status do devedor. Breves Notas, in *Estudos em Homenagem ao Professor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. II*, Universidade Católica, 2011.

⁴⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações...*, cit., p. 429.

⁴⁶ Na terminologia de Antunes VARELA, “dizem-se garantias especiais os meios destinados a reforçar, em benefício de determinado credor, a garantia comum dos credores, dada a todos eles, em pé de plena igualdade, pelo património. Algumas delas, como a fiança, o aval, e a garantia autónoma são prestadas por terceiro, que reforça com o seu património a expectativa de satisfação do crédito oferecida pelo património do devedor. Outras, como os privilégios creditórios e o direito de retenção, incidem geralmente sobre bens do próprio devedor e traduzem-se no tratamento preferencial concedido ao titular da garantia sobre determinados bens desse património. Outras, finalmente, como o penhor, a hipoteca, a caução e a consignação de rendimentos, tanto podem recair sobre bens do devedor como sobre coisas pertencentes a terceiro (VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações...*, cit., p. 471).

consiste na afetação de bens, pertencentes ao próprio devedor ou a um terceiro, ao pagamento preferencial de determinadas dívidas⁴⁷.

A hipoteca, considerada a garantia real mais relevante, consiste num direito real de garantia que confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou prioridades de registo (art. 686.º do CC). Ou seja, o credor que seja titular de uma hipoteca tem, ressalvadas algumas exceções, uma preferência na satisfação do seu crédito perante os outros credores do titular do bem onerado em sede de venda executiva do mesmo”⁴⁸.

Saliente-se que é expressamente proibido o pacto comissório pelo art. 694.º do CC, sendo assim nula a convenção pela qual o credor faça sua a coisa onerada no caso de o devedor incumprir (independentemente de a convenção ser anterior ou posterior à constituição da hipoteca). Assim, protege-se o devedor da possibilidade de o credor garantido poder fazer entrar no seu património uma coisa que poderia traduzir um prejuízo para o dono da coisa hipotecada, atendendo à diferença de valor entre a coisa e o montante em dívida⁴⁹.

Por fim, sublinhe-se que, relativamente à transmissão da hipoteca, usando a terminologia de Menezes LEITÃO, “a hipoteca não subtrai os bens ao comércio jurídico, pelo que estes podem livremente ser transmitidos para terceiro”⁵⁰. De resto, o artigo 695.º do Código Civil vem mesmo proibir qualquer cláusula de inalienabilidade dos bens hipotecados⁵¹.

⁴⁷ LEITÃO, Luís Menezes, *Garantia das Obrigações*, 2ª ed., Almedina, 2008, p. 95.

⁴⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, 2ª ed., Almedina, 2017, p. 195 a 197.

⁴⁹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias...cit.*, p. 214.

⁵⁰ LEITÃO, Luís Menezes, *Garantia das Obrigações... cit.*, p. 220.

⁵¹ Artigo 696.º (Cláusula de inalienabilidade dos bens hipotecados):

2.5. A extinção da hipoteca

As causas de extinção da hipoteca encontram-se elencadas no artigo 730.º do Código Civil.

A primeira causa [vertida no art. 730.º al. a)] é nada menos do que um reflexo da acessoriedade da hipoteca: extinguindo-se a obrigação garantida, extingue-se inerentemente a hipoteca.

A segunda causa de extinção é a prescrição, a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação [art. 730.º al. b)].

Temos depois o perecimento da coisa hipotecada [art. 730.º al. c)], exceto em caso de verificação dos pressupostos do art. 692.º ou do art. 701.º.

A última causa de extinção prevista no art. 730.º [na alínea d)] corresponde à renúncia do credor, que tem de ser expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se for feita na presença de funcionário da conservatória, não carecendo a mesma de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir efeitos (art. 731.º n.º 1). Saliente-se, contudo, que a renúncia à hipoteca não corresponde a uma renúncia ao crédito garantido (para o credor remitir a dívida, terá de fazê-lo através de contrato com o devedor, nos termos do artigo 863.º).

Para além destas, existem outras causas que decorrem dos princípios gerais e que se encontram dispersas pelo regime da hipoteca (como é o caso dos artigos 721.º, 717.º, 699.º n.º 2 e 1539.º, todos do CC).

“É igualmente nula a convenção que proíba o respetivo dono de alienar ou onerar os bens hipotecados, embora seja lícito convencionar que o crédito hipotecário se vencerá logo que esses bens sejam alienados ou onerados”.

3. O incumprimento no crédito à habitação

Desde logo, importa salientar que, no contexto do crédito à habitação, sendo a execução da hipoteca uma decorrência do incumprimento das obrigações resultantes do contrato de mútuo de escopo celebrado entre o mutuário e o mutuante, não é despidendo indicar as causas de extinção do mútuo: (i) o decurso do prazo concedido ao mutuário (nos termos do 1148.º do Código Civil); (ii) as situações em que o mutuário se torna insolvente, aquelas em que diminuem as garantias do crédito ou aquelas em que o mutuário deixa de prestar as garantias prometidas (que são casos em que o credor pode exigir o cumprimento imediato da obrigação, ou a substituição ou reforço das garantias se estas tiverem sofrido diminuição nos termos do art. 780.º n.º 1 e n.º 2); (iii) as situações em que o mutuário não realiza uma prestação e as partes tiverem convencionado a restituição em prestações (art. 781.º do CC⁵²); (iv) o incumprimento da obrigação de pagamento dos juros no seu vencimento por parte do mutuário (art. 1150.º); (v) as situações de afetação das quantias disponibilizadas pelo mutuário a um fim diferente daquele para que foram emprestadas no mútuo de escopo⁵³; (vi) os casos em que o mutuante exige a restituição antecipada (o que implicará a perda de direito aos juros vincendos, a partir do momento em que a restituição do capital se concretiza⁵⁴); (vi) as situações em que o próprio mutuário antecipa o pagamento; neste caso, aplica-se a regra do 1147.º (em que o mutuário pode antecipar o pagamento desde que satisfaça os juros por inteiro). Contudo, há que ter em atenção que, no caso particular do crédito à habitação, se aplica a regra especial vertida no art. 23.º do regime dos contratos de crédito relativos a imóveis (DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho), segundo a qual “o consumidor tem o direito de reembolsar antecipadamente, total ou parcialmente, o contrato de crédito, com a

⁵² Existem, no entanto, regras próprias no caso específico do crédito à habitação, conforme se explicará adiante.

⁵³ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Volume III - Contratos em Especial*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 419 a 420.

⁵⁴ Vide LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Volume III, ... cit.*, p. 421.

respetiva redução do custo total do crédito, correspondente à redução dos juros e dos encargos relativos ao período remanescente do contrato” (art. 23.º n.º1), e isto “desde que efetuado em data coincidente com o vencimento das prestações e mediante pré -aviso de sete dias úteis ao mutuante” (art. 23.º n.º 2). O reembolso antecipado total pode ainda ser efetuado em qualquer momento da vigência do contrato mediante o pré-aviso de 10 dias úteis ao mutuante (art. 23.º n.º 3). Note-se ainda que, além dos deveres de informação do mutuante após a receção do pedido (art. 23.º n.º 4), ficam estabelecidos neste artigo os limites dos valores da comissão a pagar pelo consumidor e outras regras relevantes neste âmbito (art. 23.º n.º 5 a 11)⁵⁵.

Por outro lado, saliente-se a existência de um mecanismo especial de resolução em caso de incumprimento no contrato de crédito à habitação, e que difere do regime geral do incumprimento das obrigações⁵⁶. O regime geral passa pela constituição em mora do devedor e depois pela transformação da mora em incumprimento definitivo. Ou seja, segundo o regime geral de incumprimento, (i) o devedor é constituído em mora, quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido (art. 804.º n.º 2 do CC). É então necessária, em regra, uma interpelação judicial ou extrajudicial para que o devedor cumpra (nos termos dos artigo 805.º n.º 1 do CC), com exceção dos casos em que a obrigação tenha prazo certo, em que a obrigação provenha de facto ilícito ou em que o próprio devedor impeça a interpelação (considerando-se então,

⁵⁵ Sublinhamos o disposto no n.º 5 e n.º6 deste artigo 23.º:

“5 — O valor da comissão a pagar pelo consumidor nos casos de reembolso antecipado parcial ou total, consta clara e expressamente do contrato e não pode ser superior a:

a) 0,5 % a aplicar sobre o capital que é reembolsado, no caso de o reembolso ocorrer num período em que é aplicável o regime de taxa variável;
b) 2 % a aplicar sobre o capital que é reembolsado, no caso de o reembolso ocorrer num período em que é aplicável o regime de taxa fixa.

6 — O disposto no número anterior não prejudica que seja convencionada entre as partes a isenção do pagamento de comissão ou o pagamento de uma comissão de montante inferior”.

⁵⁶ Para maior desenvolvimento sobre as modalidades de resolução e as linhas gerais do seu regime jurídico, vide FARRAJOTA, Joana, *Os Efeitos da Resolução Infundada por Incumprimento do Contrato*, Tese de Doutoramento, Universidade Nova de Lisboa, 2013, p. 29 a 51.

neste último caso, o devedor interpelado na data em que normalmente o teria sido), conforme art. 805.º n.º 2. (ii) Posteriormente, o credor pode determinar a conversão da mora em incumprimento definitivo (nos termos do art. 808.º n.º 1), caso perca o interesse objetivo na prestação ou caso a mesma não seja realizada após uma interpelação admonitória ao devedor (ou seja, uma intimação admonitória que fixe um prazo suplementar razoável para o cumprimento do devedor e que advirta para o facto de a obrigação se tornar definitivamente incumprida após o decurso do prazo⁵⁷).

Por sua vez, os contratos de crédito à habitação garantidos por hipoteca têm um regime próprio de resolução em caso de incumprimento. Nos termos do artigo 27.º do DL 74-A/2017, de 23 de junho, as instituições de crédito poderão resolver o contrato (ou invocar a perda do benefício do prazo) caso ocorra, cumulativamente, (i) a falta de pagamento de três prestações sucessivas; (ii) a concessão, por parte do mutuante, de um prazo suplementar mínimo de 30 dias para que o consumidor proceda ao pagamento das prestações em atraso, com a expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato, sem que o consumidor o faça. De resto, segundo o n.º 2 deste mesmo artigo, o incumprimento parcial da prestação não é considerado para efeitos do art. 27.º n.º 1 (desde que o mutuário pague o montante em falta e respetivos juros de mora, até ao vencimento da prestação seguinte).

3.1. A execução da hipoteca em caso de incumprimento

Em Portugal, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor pode executar a hipoteca através da interposição de uma ação executiva.

⁵⁷ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II - Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 4ª ed., Almedina, 2006, p. 233 a 242.

Atendendo à proibição do pacto comissório no caso de uma hipoteca (por força do art. 694.º do Código Civil)⁵⁸, o mecanismo de execução da hipoteca passa necessariamente por um processo judicial.

No caso de o bem onerado com hipoteca pertencer ao devedor, a penhora inicia-se pelo(s) bem(s) sobre que incida a garantia, apenas podendo recair noutros bens quando se reconheça a insuficiência do(s) bem(s) hipotecado(s) para conseguir o fim da execução (art. 752.º n.º 1 do Código de Processo Civil⁵⁹). No mesmo sentido, estatui o art. 697.º do Código Civil que o dono da coisa hipotecada tem o direito de se opor não só a que outros bens sejam penhorados na execução enquanto se não reconhecer a insuficiência da garantia mas ainda a que, relativamente aos bens onerados, a execução se estenda além do necessário à satisfação do direito do credor.

No caso de o bem hipotecado pertencer a um terceiro, estabelece o art. 54.º n.º 2 do CPC que a execução segue diretamente contra o autor da hipoteca se o exequente pretender fazer valer a garantia, sem prejuízo de o credor poder igualmente demandar o devedor. Note-se que, no caso de a execução apenas ter sido movida contra o terceiro e de se reconhecer a insuficiência dos bens onerados com a garantia real, o exequente pode requerer, no mesmo processo, o prosseguimento da ação executiva contra o devedor (que é então demandado para completa satisfação do crédito exequendo), conforme art. 54.º n.º 3 do CPC.

O credor hipotecário obterá, tendencialmente, a satisfação do seu crédito pelo produto da venda do bem hipotecado. Não obstante, existem outras garantias reais que prevalecem sobre a hipoteca (ainda que esta tenha sido registada),

⁵⁸ Note-se que, no caso do penhor, vencida a obrigação, o credor adquire o direito de se pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada, sendo que a venda pode ser feita extraprocessualmente se as partes tiverem convencionado nesse sentido (art. 675.º n.º 1).

⁵⁹ O Código de Processo Civil em vigor foi aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho (última alteração pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro).

nomeadamente os privilégios imobiliários especiais⁶⁰ (e não os gerais), por força do art. 751.º do CC, bem como o direito de retenção sobre coisas imóveis, nos termos do art. 759.º n.º 2. Tal significa que não há uma segurança absoluta de que o credor hipotecário obtenha a satisfação do seu crédito pelo valor do bem hipotecado, pois poderão vir a constituir-se estes direitos reais de garantia (mesmo que subsequentemente ao registo da hipoteca) e prevalecer sobre a própria hipoteca⁶¹.

Como referido, no ordenamento jurídico português, apenas através da via judicial o credor hipotecário poderá executar a sua garantia real.

Assim, após a devida instauração da ação executiva, são investidas de particular relevância as fases da penhora do imóvel e da venda executiva.

A penhora _ o “*ato executivo por excelência*” na terminologia de LEBRE DE FREITAS⁶² _ corresponde à apreensão judicial dos bens e/ou dos rendimentos necessária para a satisfação do direito do exequente através da venda executiva (sendo que o regime da penhora de imóveis se encontra- vertido nos artigos 755.º a 763.º do CPC).

Findo o prazo para a reclamação de créditos, o processo executivo prossegue com a venda executiva. Cabe ao agente de execução escolher a modalidade de venda bem como o valor base do bem penhorado, ouvidos o exequente, o executado e os credores com garantia sobre os bens a vender (812.º n.º 1 do CPC). De entre as modalidades, a venda mediante propostas em carta fechada (art. 816.º) é a mais comum na venda de bens imóveis.

⁶⁰ Os privilégios imobiliários especiais correspondem às despesas de justiça feitas no interesse comum dos credores para a conservação, execução ou liquidação dos bens imóveis (art. 743.º do CC) ou aos créditos por contribuição predial devida ao Estado ou às autarquias locais (art. 744.º).

⁶¹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias...cit.*, p. 230.

⁶² LEBRE DE FREITAS, José, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6ª ed., Coimbra Editora, 2014, p. 232.

São de destacar os artigos 812.º n.º 3 e 816.º n.º 2 do CPC, que conferem relevante proteção ao executado, bem como ao exequente e aos demais credores com garantia sobre o(s) bem(s) a vender, nomeadamente ao nível do valor base do(s) bem(s) a vender. O art. 812.º n.º 3, relativo à decisão que o agente toma sobre o valor de base dos bens imóveis, estatui que “o valor de base dos bens imóveis corresponde ao maior dos seguintes valores: (a) valor patrimonial tributário, nos termos de avaliação efetuada há menos de seis anos; (b) valor de mercado”⁶³. Por outro lado, nos termos do art. 816.º n.º 2, “o valor a anunciar para a venda é igual a 85 % do valor base dos bens”.

No entanto, ainda que estes dois artigos atribuam uma relativa proteção ao executado, a verdade é que, no âmbito de um crédito à habitação que foi incumprido, não existe uma norma que cruze o valor da venda do imóvel com o valor do empréstimo contraído, não relevando assim minimamente, na fase da venda executiva, o valor do montante mutuado para a determinação do valor base do imóvel.

Destarte, no caso de o valor da venda executiva do imóvel não cobrir o montante ainda em dívida, o exequente fica com o crédito relativo ao remanescente da dívida exequenda.

⁶³ Importa ainda salientar os restantes números deste artigo 812.º, que procuram salvaguardar as posições de todas as partes:

“4 - Em relação aos bens não referidos no número anterior, o agente de execução fixa o seu valor de base de acordo com o valor de mercado.

5 - Nos casos da alínea b) do n.º 3 e do número anterior, o agente de execução pode promover as diligências necessárias à fixação do valor do bem de acordo com o valor de mercado, quando o considere vantajoso ou algum dos interessados o pretenda.

6 - A decisão é notificada pelo agente de execução ao exequente, ao executado e aos credores reclamantes de créditos com garantia sobre os bens a vender, preferencialmente por meios eletrónicos.

7 - Se o executado, o exequente ou um credor reclamante discordar da decisão, cabe ao juiz decidir; da decisão deste não há recurso”.

3.2. Incapacidade do devedor de fazer face ao remanescente da dívida exequenda

Nos casos em que o valor obtido com venda executiva do bem não cubra o valor em dívida no âmbito do contrato de crédito celebrado, a situação mais comum é o prosseguimento das diligências para cobrança do remanescente da dívida exequenda, sendo que, não raras vezes, tal acaba por traduzir-se numa inevitável insolvência pessoal do devedor.

Note-se que, muitas vezes, a solução do devedor para fazer face a esta situação passa por recorrer a um processo especial para acordo de pagamento⁶⁴. Para pessoas singulares ou pessoas coletivas sem escopo lucrativo que estejam em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que pretendam evitar a insolvência pessoal, é assim permitida esta situação de acordo de pagamento com vista a uma reestruturação do passivo do devedor.

No entanto, nem sempre é possível esta reestruturação da dívida, pelo que a insolvência pessoal (cujas disposições específicas se encontram reguladas nos artigos 235.º e seguintes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de março, última alteração pela Lei n.º 8/2018, de 02 de março) é muitas vezes a única via possível para as famílias que se encontrem em total impossibilidade de fazer face às obrigações já vencidas.

Existem então duas possibilidades: (i) a insolvência com o pedido da exoneração do passivo restante, em que o devedor obtém um perdão das dívidas que não forem integralmente pagas no processo de insolvência e nos cinco anos posteriores ao encerramento do mesmo (permanecendo assim o devedor, por um período de cinco anos _ designado período de cessão _ , adstrito ao pagamento dos créditos da insolvência, no final do qual o juiz profere um despacho de exoneração dos créditos subsistentes); ou (ii) o pedido de um plano de pagamentos que se traduz, na prática, numa proposta de reestruturação do passivo perante o(s)

⁶⁴ O processo especial para acordo de pagamento foi introduzido pelo Decreto-Lei 79/2017, de 30 de junho, tendo sido aditados os artigos 222.º - A a 222.º - J ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, para o efeito.

credor(es), que pode passar pela redução das taxas de juro, pelo alargamento dos prazos de cumprimento, por um perdão parcial do capital, entre outros.

A declaração de insolvência por parte de um juiz produz assim diversos efeitos com impacto negativo na vida do insolvente, dos quais destacamos a perda de todo o património do devedor (que integrará a massa insolvente)⁶⁵, a entrega de parte do rendimento ao longo dos cinco anos para liquidação das dívidas, ou o facto de o insolvente constar da base de dados de riscos de crédito no Banco de Portugal⁶⁶.

⁶⁵ Note-se que, na hipótese do plano de pagamentos, ainda que o devedor seja declarado insolvente, evitam-se alguns efeitos nefastos da declaração de insolvência com exoneração do passivo restante (como a perda da casa e de outros bens).

⁶⁶ A Central de Responsabilidades de Crédito (designação que veio substituir o Serviço de Centralização de Riscos de Crédito consagrado no Decreto-Lei n.º 29/96 de 11 de abril) encontra-se regulada pelo Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro, após a decisão que o Banco Central Europeu tomou de os empréstimos bancários deverem ser incluídos na lista de ativos recebidos pelos bancos centrais nacionais em garantia de operações de política monetária e de crédito intradiário e de se dever alargar o âmbito da informação transmitida pelas entidades participantes, de forma a uma eficiente avaliação dos riscos envolvidos na aceitação de empréstimos bancários.

No Caderno n.º 5 do Banco de Portugal, disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/5_central_responsabilidades_de_credito.pdf, é explicado o papel da Central de Responsabilidades de Crédito [CRC]. Entre outros, explica-se de que modo as declarações de insolvência são registadas na CRC e durante quanto tempo fica registada na CRC: “O Banco de Portugal procede à inscrição, na Central de Responsabilidades de Crédito, das declarações de insolvência emitidas pelos Tribunais, nos termos da al. c) do n.º 6 do Artigo 38 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março.

A informação relativa aos processos de insolvência é fornecida pelo Ministério da Justiça, e não pelas entidades participantes na CRC.

É considerado em situação de insolvência quem se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, bem como as empresas/entidades e patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhum particular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis (n.º 1 e 2 do Artigo 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)

(...) A divulgação da informação respeitante à situação de insolvência de um particular, de uma empresa ou de outra entidade coletiva ocorre a partir do momento em que o Banco de Portugal recebe essa informação e só cessará quando for recebida no Banco de Portugal a comunicação de ato judicial que determina o encerramento do processo.

Para efeitos de disseminação de informação às instituições participantes, esse ato é divulgado durante três centralizações mensais, com início na centralização imediatamente a seguir à data de receção da informação relativa ao encerramento do processo.

Assim, as consequências de uma venda judicial de imóvel hipotecado que não permita ao mutuante (credor) satisfazer o seu crédito podem ser muito penalizadoras para o devedor.

No entanto, não podemos deixar de salientar as soluções mitigantes trazidas pelo **Decreto-Lei 58/2012, de 9 de novembro**, alterado pela **Lei n.º 58/2014, de 25 de agosto**, que veio criar um regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil, ainda que apenas as famílias que preencham os requisitos previstos no art. 4.º sejam elegíveis para a aplicabilidade deste regime.

Após termos analisado as situações extremas que poderão ocorrer em caso de incapacidade, por parte do devedor, em satisfazer o remanescente da dívida exequenda, importa agora ter em atenção um aspeto fundamental tanto durante a execução do contrato de mútuo como em caso de incumprimento: os juros bancários.

3.3. O Pagamento de juros em caso de incumprimento

3.3.1. Os juros bancários e os juros no crédito à habitação

“A obrigação de juros _ ou simplesmente, juros _ está no cerne do mútuo e, mais largamente, de todo o comércio bancário”, ensina MENEZES CORDEIRO⁶⁷.

No caso específico de um contrato de mútuo bancário, o mutuário incorre não só na obrigação de proceder à restituição do *tantundem eiusdem generis* (restituição do que foi recebido, nos termos do 1142.º do Código Civil) como ainda na obrigação de pagar os juros bancários.

Se tal ato judicial não tiver sido transmitido ao Banco de Portugal, cabe ao cliente de crédito em causa solicitar à Secretaria do Tribunal que providencie o seu envio ao Banco de Portugal.” (*in Central de Responsabilidades de Crédito*, Caderno n.º 5 do Banco de Portugal, p. 18).

⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário...* cit., p.666.

Ora, os juros bancários encontram-se sujeitos às regras específicas constantes do Decreto-Lei 58/2013, de 8 de maio. No respeitante aos juros remuneratórios (que não sejam relativos a títulos de créditos ou a operações de abertura de crédito, empréstimos em conta corrente ou outras de natureza similar⁶⁸), o art. 6.º n.º 3 prevê que os juros remuneratórios são calculados sobre o momento de capital em dívida, em cada momento, à taxa contratada, sendo pagos em conformidade com o plano estipulado pelas partes (no âmbito da sua autonomia privada).

No respeitante ao anatocismo⁶⁹, as regras relativas à capitalização de juros bancários encontram-se previstas no art. 7.º, determinando-se que (i) a capitalização de juros remuneratórios, vencidos e não pagos, depende de acordo entre as partes reduzido a escrito, não podendo os mesmos ser capitalizados por períodos inferiores a um mês (em derrogação da regra do anatocismo prevista no art. 560.º n.º 2 do Código Civil); (ii) a eficácia da capitalização de juros remuneratórios não depende de notificação ao devedor; (iii) para efeitos da aplicação dos juros moratórios, os juros remuneratórios que integram cada prestação vencida e não paga só podem ser capitalizados uma vez; (iv) nos casos em que tenha sido estipulada carência de pagamento de juros, não pode haver capitalização de juros remuneratórios correspondentes a períodos inferiores a três meses; (v) quanto à capitalização de juros moratórios, a mesma só é admissível mediante acordo entre as partes reduzido a escrito (e no âmbito de reestruturação ou consolidação de contratos de crédito).

⁶⁸ Nestes dois casos, aplica-se o n.º 1 e o n.º 2 do art. 6.º, respetivamente.

⁶⁹ Na terminologia de Menezes CORDEIRO, “anatocismo é a prática que consiste em fazer vencer juros de juros” (*in Direito Bancário, ... cit.*, p. 673). O artigo 560.º n.º 1 do Código Civil permite o anatocismo por convenção entre as partes (posterior ao vencimento) ou mediante uma notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização, sendo que o n.º 3 deste mesmo artigo representava “uma porta aberta ao anatocismo bancário (...)”; no entanto, o Autor defende que “esse número deve hoje considerar-se revogado pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de junho” (*ibidem*, p. 674).

Quanto aos juros moratórios (previstos no art. 8.º), o legislador optou por fixar o limite máximo da sobretaxa anual de juros de mora em 3% (a acrescer à taxa de juros remuneratórios aplicável à operação, considerando-se reduzida a esse limite máximo na parte em que o exceda).

Ora, no âmbito dos juros bancários, verifica-se que o legislador foi totalmente omissivo relativamente a um limite concreto dos juros remuneratórios. Deste modo, existe atualmente uma grande margem de discricionariedade por parte dos bancos na fixação das taxas de juros bancárias, por força do n.º 2 do Aviso n.º 3/93 do Banco de Portugal, de 20 de Maio de 1993⁷⁰, que dispõe que “são livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”.

Esta norma tem permitido um entendimento de que as taxas de juro bancárias se encontram atualmente liberalizadas. Conforme vertido no sumário do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.11.2017⁷¹, “a jurisprudência, sem qualquer exceção, tem vindo a entender que as taxas de juro bancárias, quer relativamente aos juros remuneratórios, quer quanto aos juros de mora, estão liberalizadas por força do disposto no n.º. 2 do dito Aviso 3/93 de 20 de Maio de 1993, podendo instituições de crédito e sociedades financeiras estabelecer livremente as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”.

⁷⁰ O Banco de Portugal noticia a revogação deste Aviso n.º 3/93 com a entrada em vigor da Portaria n.º8/99, de 07 de janeiro (conforme <https://www.bportugal.pt/aviso/393>); contudo, o aviso continua a ser unanimemente aplicado pela jurisprudência no que diz respeito à liberalização dos juros remuneratórios e dos juros de mora.

⁷¹ Acórdão da Relação do Porto, de 14 de novembro de 2017 (processo 474/15.5T8ESP.P1, relatora Ana Lucinda Cabral), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b73b9cc1bba828b6802581f3004a3352?OpenDocument>.

Este tem sido o entendimento generalizado na jurisprudência bem como na doutrina⁷², ainda que autores como Carlos Silva LOUREIRO, Pedro Pais de VASCONCELOS e L. Miguel Pestana de VASCONCELOS⁷³ defendam que não há lei habilitante para o Banco de Portugal fixar os limites de taxas de juro das operações ativas bancárias⁷⁴ (pelo que a propalada liberalização das taxas de juro bancárias não deveria ter ocorrido).

Ora, no âmbito do crédito ao consumo (e especificamente quanto aos limites da usura), Pedro Pais de VASCONCELOS utiliza um argumentário que subscrevemos, pelo que passamos a citá-lo: “o regime do artigo 28º do Decreto-Lei 133/09, se interpretado como único limite de taxas de juro e de usura, permite que as taxas de juro cresçam exponencialmente sem limite. Deve, pois, concluir-se que este regime não dispensa o regime de limitação de taxas de juro e de usura contido nos artigos 559º e 559º-A do Código Civil e no artigo 102º do Código Comercial. A interpretação correta, na minha opinião é a de que os limites de usura do artigo 28º do Decreto-Lei 133/09 funcionam dentro dos limites dos

⁷² ENGRÁCIA ANTUNES considera que “as taxas de juro encontram-se atualmente liberalizadas, sendo fixadas por acordo entre a instituição de crédito e o mutuário” (*in Direito dos Contratos...cit.*, p. 500).

⁷³ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito Bancário*, Almedina, 2018

⁷⁴ O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.11.2017 cita Pedro Pais de VASCONCELOS para explicar o raciocínio: “Da comparação dos três regimes legais, da LOBP 75, da LOBP 90 e da LOBP 98, resulta com clareza a perda pelo Banco de Portugal da competência para fixar os limites de taxas de juro das operações ativas bancárias. Logo na LOBP 90 deixou de haver qualquer preceito que atribuísse ao Banco Central essa competência, e assim se manteve na LOBP 98. E, no entanto, os Avisos emitidos pelo Banco de Portugal em que regeu sobre taxas de juro TAEG continuam a referir como normas habilitantes o artigo 17º da LOBP 98, além do artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/09, de 2 de junho (que rege atualmente o crédito ao consumo)” (p. 159 de *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo - Limites Legais*, Centro de Estudos Judiciários, disponível em:

https://static1.squarespace.com/static/563487a1e4b01aa792817ed1/t/5635fa70e4b0507883420648/1446378096052/149_PDFsam_Direito_Bancario_CEJ.pdf).

Vide igualmente LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva, *Juros Usurários no Crédito ao Consumo*, *in Revista de Estudos Politécnicos*, Volume V, n.º 8, 2007, p. 265 a 280.

artigos 559º e 559º-A do Código Civil e do artigo 102º do Código Comercial e não em sua substituição”⁷⁵.

Considera o Autor que “se, por um lado, o artigo 22º da LOBP 90 e o artigo 17º da LOBP 98 não contêm uma norma que possa ser tida como habilitante da derrogação dos limites de taxas de juro dos artigos 559º-A e 1146º do Código Civil e do artigo 102º do Código Comercial, **também nada no Decreto-Lei nº 133/09 impõe que os juros TAEG sejam isentos daqueles limites legais**. Este diploma rege sobre matérias várias do crédito ao consumo. Entre elas, o modo de formação da taxa TAEG, o que a compõe, e regras próprias de usura. Não trata de regras únicas de usura. Não se pode, em minha opinião, retirar da *ratio legis* que lhe é imanente, o abandono dos consumidores a taxas de juro como aquelas que são permitidas pela sua limitação apenas ao regime do artigo 28º do Decreto-Lei 133/09 com dispensa dos limites dos artigos 559º e 559º-A do Código Civil e do artigo 102º do Código Comercial. A *ratio juris* imanente ao regime jurídico do crédito ao consumo é de ordem pública de proteção do consumidor, não é de proteção do seu financiador”⁷⁶.

Como tal, conclui Pais de VASCONCELOS que “o artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/09 quando rege sobre a usura não diz expressamente se o faz dentro dos limites do regime geral dos artigos 599º-A e 1146º do Código Civil e 102º do Código Comercial e também não diz expressamente que o faz em sua derrogação para além deles. **Por sua vez, o Aviso nº 3/93 do Banco de Portugal, ao determinar que são livremente fixadas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, estabelece expressamente uma ressalva de crucial importância: salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal**. Ora, as taxas das operações bancárias são objetivamente mercantis, porque assim o são as operações de banco, segundo o artigo 362º do Código Comercial. Como tais, estão sujeitas a limites legais pelo

⁷⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais, *Taxas de Juro...* cit., p. 161.

⁷⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais, *Taxas de Juro...* cit., p. 162.

artigo 102º do Código Comercial conjugado com os artigos 599º-A e 1146º do Código Civil.

O sentido jurídico da liberdade de fixação das taxas de juro das operações bancárias com ressalva dos limites legais é o de que, as instituições financeiras deixam de ter de obedecer às diretivas do Governo ou do Banco de Portugal na fixação das taxas mas não deixam de estar limitadas nos termos gerais pelos limites legais das taxas de juro das dívidas comerciais.

Mesmo que se entenda que subsistem dúvidas entre as duas interpretações, aquela que interpreta a chamada liberalização dentro ou além dos limites dos artigos 599º-A e 1146º do Código Civil e 102º do Código Comercial, deve prevalecer a interpretação mais favorável aos consumidores. A interpretação mais favorável aos consumidores é, sem margem para dúvidas, aquela que sujeita as taxas de juro do crédito ao consumo aos limites legais fixados para as dívidas comerciais.

Assim, sou de opinião que **os limites da usura fixados no artigo 28º do Decreto-Lei nº 133/09, das taxas de juro do crédito ao consumo não permitem que essas taxas excedam os limites legais fixados pela lei geral**⁷⁷, [destaques nossos].

Concordamos com a posição de Pais de VASCONCELOS, sobretudo atendendo às consequências inevitáveis que se verificam aquando de uma política de concessão de crédito sem limites às taxas aplicadas: lembre-se que a concessão de empréstimos NINJA esteve na base da crise do *subprime* e não se pode considerar, em qualquer cenário, que o financiamento a devedores com maior risco de crédito através de créditos com taxas de juro mais elevadas seja avisado. Nessas circunstâncias, a concessão do crédito acaba por traduzir inevitavelmente um presente envenenado, em que o mutuário tem uma probabilidade muito reduzida de não incumprir.

⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais, *Taxas de Juro...* cit., p. 164.

Não deveria, por esse motivo, considerar-se que o Aviso 3/93 do Banco de Portugal impede a aplicação dos mecanismos legais existentes para a limitação das taxas de juro.

E, *de jure condendo*, no caso específico do crédito à habitação, não só deveria ser aplicado o limite fixado no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 133/09 (devendo-se considerar que os contratos de crédito à habitação deveriam ser abrangidos pelo âmbito de aplicação deste diploma referente à concessão de crédito _ pelos motivos explicados *infra* no **Ponto 2.2.**), como deveriam ser aplicados os próprios limites dos artigos 559.º, 559.º-A e 1146.º do Código Civil e do artigo 102.º do Código Comercial nos casos para os quais não foi fixado um limite por diploma legal especial.

A realidade, porém, é que a jurisprudência tem defendido unanimemente que os limites impostos pelo artigo 1146.º do Código Civil (relativo aos juros usurários), conjugado com o art. 102.º do Código Comercial, não são aplicáveis aos contratos de crédito quando o mutuante é uma instituição de crédito⁷⁸, sendo, de resto, esta uma prática pacificamente aceite no mercado.

Importa, por fim, sublinhar a relevância do art. 28.º do DL 133/2009, de 2 de junho, relativo a contratos de crédito e consumo (ainda que não se aplique à maioria dos contratos de crédito garantidos por hipoteca), que determina as práticas usurárias⁷⁹. Desde logo, é usurário o contrato de crédito cuja TAEG exceda, no momento da celebração do contrato, em 1/4, a TAEG média praticada

⁷⁸ São inúmeros os acórdãos onde se encontra plasmada essa inaplicabilidade do art.º 1146.º aos juros bancários, como, por exemplo, nos acórdãos da Relação de Lisboa de 06.11.2001 e da Relação de Coimbra de 13.09.2011 (disponíveis, respetivamente, em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1570a7d0bc12bf8c80256b98003ad66c?OpenDocument> e em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a4b82448198341558025791700533053?OpenDocument>).

⁷⁹ O negócio usurário é aquele onde existe a exploração de necessidade ou vulnerabilidade de outrem, com o intuito de obter para si ou terceiro a promessa ou a concessão de benefícios que se afiguram excessivos ou injustificados (art.282.º/1 do Código Civil): consequentemente, o negócio usurário é anulável, sendo que o lesado pode requerer, em lugar da anulação, a modificação do negócio segundo juízos de equidade (art. 283.º n.º 1).

pelas instituições de crédito no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito aos consumidores (art. 28.º n.º 1)⁸⁰; também é havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, embora não exceda o limite definido no art. 28.º n.º 1, ultrapasse em 50% a TAEG média dos contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior (art. 28.º n.º2), bem como as situações previstas nos números 4 e 5 do mesmo artigo (sendo que os efeitos deste artigo não afetam os contratos já celebrados ou em vigor, nos termos do n.º 7). Sublinhe-se igualmente o papel do Banco de Portugal na determinação dos limites para efeitos de usura, nomeadamente através da identificação dos tipos de contrato de crédito relevantes, da definição dos valores máximos resultante da aplicação do disposto nos números 2 e 3 do artigo 28.º (após cálculo das médias praticadas no mercado), e da respetiva divulgação trimestral⁸¹.

⁸⁰ Note-se que acaba por ser o próprio mercado a determinar a TAEG média; o Banco de Portugal apenas procede ao cálculo da média, para depois estabelecer o limite a partir do qual o contrato será considerado usurário.

⁸¹ Na instrução n.º 12/2018 do Banco de Portugal, determinaram-se as seguintes TAEG máximas:

3.º trimestre de 2018		TAEG máxima
Crédito Pessoal	Finalidade Educação, Saúde, Energias Renováveis e Loc. Financeira de Equipamentos	5,8%
	Outros Créditos Pessoais (sem fin. específica, lar, consolidado e outras finalidades)	13,3%
Crédito Automóvel	Locação Financeira ou ALD: novos	5,0%
	Locação Financeira ou ALD: usados	6,0%
	Com reserva de propriedade e outros: novos	9,4%
	Com reserva de propriedade e outros: usados	12,1%
Cartões de Crédito, Linhas de Crédito, Contas Correntes Bancárias e Facilidades de Descoberto		15,7%

3.º trimestre de 2018		TAN máxima
Ultrapassagens de crédito		15,7%

3.3.2. *O pagamento de juros em caso de incumprimento - o acórdão uniformizador de jurisprudência de 2009 sobre o vencimento imediato das prestações*

Foi prolatado em 2009 um acórdão uniformizador de jurisprudência com importância nuclear no respeitante à obrigação de pagamento dos juros remuneratórios em caso de incumprimento num contrato de mútuo liquidável em prestações. O acórdão do STJ de 25-03-2009⁸² uniformiza a seguinte jurisprudência:

“No contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redação conforme ao art.º 781º do Código Civil não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios nelas incorporados”.

In casu, foi negado o pedido da instituição de crédito, que pretendia a inclusão dos juros remuneratórios no montante a ser pago pelo mutuário incumpridor: a argumentação do Tribunal foi no sentido de não serem admissíveis juros remuneratórios que não se venceram devido à antecipação de vencimento (e que, conseqüentemente, não existem), sendo apenas devidos os juros moratórios.

Saliente-se a argumentação do mutuante (uma Instituição de Crédito) quando interpôs recurso de revista: “num contrato de mútuo oneroso em que as partes acordaram no cumprimento da obrigação do mutuário (restituição da quantia ou coisa mutuada + retribuição do mútuo) em prestações, é **manifestamente errado e contra a própria natureza jurídica do mútuo oneroso, querer proceder-se a qualquer distinção entre “capital” e “juros”, ou melhor, entre restituição da quantia ou coisa mutuada e a respetiva remuneração do mútuo acordada, tanto mais que, pela sua própria natureza**

⁸² Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/746f99ffe9647bc2802575a500484338?OpenDocument>.

a obrigação do mutuário num mútuo oneroso é só UMA! (restituição da quantia ou coisa mutuada + retribuição do mútuo).” [destaque nosso].

Este é, de resto, um argumentário recorrente entre instituições de crédito, na tentativa de obtenção, pela via judicial, do capital em dívida e dos juros remuneratórios vincendos.

No entanto, a posição do Supremo Tribunal de Justiça foi diferente. Na sua fundamentação de direito, depois de resumir sinteticamente e de forma clara os diferentes tipos de juros existentes, deu uma explicação pormenorizada para não serem devidos os juros remuneratórios após o vencimento imediato das prestações.

Considerou o STJ que os juros remuneratórios “visam remunerar (retribuir) o capital e preencher em termos económicos a diferença entre o facultar desse capital, no caso por uma instituição de crédito devidamente autorizada para o efeito, em determinado momento e vir a dispor dele só depois”; pelo que, “a obrigação de juros só deve perdurar enquanto não houver vencimento antecipado das prestações vincendas e exigibilidade da dívida correspondente”.

De facto, segundo este acórdão uniformizador, “a obrigação de juros remuneratórios apenas se vai vencendo à medida que o tempo a faz nascer pela disponibilidade do capital”. Ou seja, “se o mutuante, face ao não pagamento de uma prestação, encurta o período de tempo pelo qual disponibilizou o capital e pretende recuperá-lo, de imediato e na totalidade o que subsistir, só receberá o capital emprestado e a remuneração desse empréstimo através dos juros, até ao momento em que o recuperar, por via do acionamento do mecanismo previsto no art.º 781.º do C. Civil; não pode assim, ver-se o mutuante investido no direito a receber juros remuneratórios do mutuário faltoso, porque tais juros se não venceram e, conseqüentemente, não existem”.

Assim, da análise deste acórdão, poderia resultar a leitura que a jurisprudência fixada neste acórdão seria a de inequivocamente se vedar a hipótese

de pagamento de juros remuneratórios em caso de antecipação do vencimento das prestações.

No entanto, outro tem sido o entendimento de alguma doutrina e jurisprudência, que tem vindo a interpretar este acórdão como tendo deixado propositadamente em aberto uma possibilidade de pagamento de juros remuneratórios mesmo após a antecipação do vencimento das prestações⁸³.

Num acórdão de 04 de julho de 2013, o Tribunal da Relação de Lisboa interpretou o acórdão uniformizador do STJ *supra* citado no sentido de, em determinadas circunstâncias, serem permitidos juros remuneratórios vincendos, mesmo após o vencimento imediato das prestações.⁸⁴

Para tal, justificou a sua posição recorrendo ao texto deste mesmo uniformizador de jurisprudência de 25-03.2009, citando-o na parte em que ficou vertido:

“(...) Não se trata esta de uma norma imperativa [o artigo 781.º do Código Civil], pelo que existindo uma qualquer cláusula estipulada num contrato ainda que de adesão, atribuindo outras consequências à mora do devedor será esta a prevalecer, face ao princípio da liberdade contratual consagrado no art.º 405º do Código Civil, regra mínima de funcionamento do mercado. O que no caso, manifestamente não acontece.”
[destaque nosso].

Assim, interpretou o Tribunal da Relação de Lisboa que a não obrigação de pagamento dos juros remuneratórios vincendos apenas é aplicável em caso de vencimento imediato das prestações ao abrigo de cláusula de redação conforme ao

⁸³ Note-se que a última premissa do acórdão em causa refere que “as partes no âmbito da sua liberdade contratual podem convencionar, contudo, regime diferente do que resulta da mera aplicação do princípio definido no art.º 781º do C. Civil”.

⁸⁴ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04 de julho de 2013 (processo 1916/12.7TBPD.L1-2, relator Ezagüiy Martins), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d5ab1c925fdf6d8d80257ba90054c022?OpenDocument>.

art.º 781º do Código Civil, tendo esta norma uma natureza supletiva e estando na disponibilidade das partes afastar este regime legal ao abrigo do princípio da autonomia privada: ou seja, as partes podem convencionar em sentido diverso, por exemplo através da inclusão de uma cláusula nas condições gerais.

Na situação em concreto deste acórdão da Relação de Lisboa de 04.07.2013, existia no contrato *sub judice* uma cláusula (a cláusula 7.b) das Condições Gerais) com o seguinte conteúdo:

“Em caso de não pagamento de três ou mais prestações sucessivas **o Banco “A” poderá considerar vencidas todas as restantes prestações incluindo nelas os juros remuneratórios** e demais encargos incorporados no montante de cada prestação mencionada nas Condições Específicas.”
[destaque nosso].

E, a verdade é que o acórdão da Relação de Lisboa considerou que a existência desta cláusula 7.b) das Condições Gerais seria bastante para serem admissíveis os juros remuneratórios vincendos:

“Verificando-se pois que o referido Acórdão [Uniformizador de Jurisprudência de 25.03.2009, acima citado] foi proferido no confronto de cláusula geral de contrato de crédito ao consumo, com redação que nada acrescenta, ou dispõe em sentido diverso, relativamente ao art.º 781º do Código Civil.

E que a cláusula 7. b) do contrato ora em análise comina efetivamente outras consequências – relativamente às assim contempladas na norma do art.º 781º do Código Civil – para a mora do devedor.

Posto o que não aproveita a doutrina de tal acórdão, ao caso dos autos.

Sobrelevando o princípio da liberdade contratual e da eficácia dos contratos, cfr. art.ºs 405º e 406º, do Código Civil.

Sendo devida à A. a importância correspondente à totalidade das prestações assim antecipadamente vencidas, com inclusão dos juros remuneratórios e demais encargos naquelas incorporados.” [destaques nossos].

Assim, atendendo à jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa nesta situação, muito facilmente poderá qualquer instituição de crédito contornar a questão do uniformizador de jurisprudência de 25.03.2009, bastando para tal precaver-se com a inclusão de uma cláusula nas Condições Gerais dos contratos de crédito à habitação celebrados com os seus clientes.

Saliente-se, de resto, que uma tal cláusula será na prática “indetetável” para o consumidor comum: o homem médio não terá certamente capacidade para se aperceber do alcance e das implicações que tem uma cláusula com a redação da Cláusula 7.b) acima transcrita. De resto, saliente-se que a redação escolhida não seria, tão-pouco, de perceção imediata e evidente para um homem médio diligente (*bonus pater familias*) com relativa cultura financeira.

Também por esse mesmo motivo, já surgiu jurisprudência a vir opor-se ao entendimento deste acórdão da Relação de Lisboa de 04.07.2013: a título de exemplo, um acórdão da Relação do Porto de 10.11.2015⁸⁵, que diz que, no seu sumário, que “(i) A doutrina do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 7/09 continua válida e em vigor. (ii) A possibilidade de as partes poderem, no âmbito da sua liberdade contratual, convencionar regime diverso do definido pelo art.º 781.º do Código Civil já havia sido ressalvada na fundamentação do mesmo acórdão. (iii) Porém, essa ressalva foi só nesse sentido **e não que as partes poderiam incluir no valor das prestações os juros remuneratórios quanto às prestações vencidas não pagas.** (iv) Os juros remuneratórios, exprimindo o rendimento financeiro do capital mutuado, não podem ser incluídos nas prestações

⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de novembro de 2015, Processo n.º 1060/15.5T8PVZ.P1, relator Fernando Simões, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1d39353c1179118c80257f1f00536269?OpenDocument&Highlight=0,1916%2F12.7TBPDL.L1-2>.

do capital cujo vencimento é antecipado pelo credor, por incumprimento do mutuário consumidor, **mas apenas nas prestações vencidas**". [Destaque nosso].

Já o acórdão da Relação de Lisboa de 22.06.2017⁸⁶ vai mais longe na sua argumentação, dizendo expressamente no seu sumário que “é nula, por violação do disposto nos artigos 15.º e 19.º alínea c) da LCCG⁸⁷, a cláusula contratual geral, inserida num contrato de crédito ao consumo, que reconheça ao mutuante o direito, no caso de mora do devedor no pagamento das prestações acordadas, de exigir do mutuário o pagamento antecipado (a par do capital mutuado) dos juros remuneratórios futuros”.

Consideramos que a linha jurisprudencial destes dois últimos acórdãos é passível de aplicação também no respeitante ao crédito à habitação, não nos revendo na posição defendida pela Relação de Lisboa aquando do seu acórdão prolatado a 04.07.2013.

3.3.3. *Comentário sobre a admissibilidade de uma cláusula penal indemnizatória em caso de incumprimento definitivo do contrato de crédito à habitação, à luz do interesse contratual (negativo e positivo)*

Nos termos do artigo 9.º do DL n.º 58/2013, de 8 de maio, é proibida qualquer cláusula penal moratória, não podendo, deste modo, as instituições de crédito cobrar, para além dos juros moratórios, mais do que uma comissão pela recuperação de valores em dívida, comissão essa que não pode exceder os limites estabelecidos nos n.ºs 2 a 5 deste art. 9.º.

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de junho de 2017, Processo n.º 71/15.5T8MFR.L1-2, relator Jorge Leal, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/85d05ae52555ce728025814e004eeb17?OpenDocument&Highlight=0,1916%2F12.7TBPDL.L1-2>.

⁸⁷ O art.º 15 da LCCG estabelece que “são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé”; já a alínea c) do art. 19.º estatui que são cláusulas relativamente proibidas aquelas que “consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”.

No entanto, nada impede as instituições de crédito de convencionarem com os mutuários cláusulas penais indemnizatórias⁸⁸ em caso de incumprimento definitivo do contrato⁸⁹.

Para aferir da admissibilidade de uma indemnização que poderá ser calculada por referência aos juros remuneratórios vincendos após a resolução do contrato de crédito à habitação, importa analisar se uma indemnização, no contexto do incumprimento no crédito à habitação, deve estar limitada ao interesse contratual negativo ou se deve igualmente ser ressarcível o prejuízo por violação do interesse contratual positivo.

O interesse contratual negativo (ou indemnização pelo dano negativo) visa colocar a parte lesada na posição em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado (estando incluídos, além dos danos emergentes, igualmente os lucros cessantes _ o proveito que o credor comprovadamente deixou de ter por causa do contrato que celebrou).

Já o interesse contratual positivo (ou indemnização pelo dano positivo) visa colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse integralmente cumprido (traduzindo-se assim no prejuízo resultante do incumprimento definitivo ou cumprimento defeituoso do contrato).

No caso particular da resolução do contrato por incumprimento, “a doutrina e jurisprudência orientaram-se, predominantemente, no sentido de que, em caso de resolução do contrato, *inclusive* com fundamento em incumprimento definitivo, os

⁸⁸ O art. 810.º n.º 1 do CC prevê a possibilidade de as partes convencionarem cláusulas penais, podendo existir cláusulas penais compulsórias (que têm por objetivo pressionar o devedor ao cumprimento, através de uma sanção pelo atraso no cumprimento) e cláusulas penais indemnizatórias (que têm por objetivo liquidar uma indemnização previamente negociada entre as partes e que é devida em caso de incumprimento definitivo).

⁸⁹ Conforme o preâmbulo do DL 53/2018, de 8 de maio, “consagra -se um regime uniforme, mais claro e transparente, sendo apenas aplicáveis, em caso de mora do cliente bancário, juros moratórios. Afasta -se, dessa forma, a fixação de cláusulas penais moratórias, **o que não invalida, naturalmente, que as partes possam, nos termos gerais de direito, convencionar entre si a existência de cláusulas penais indemnizatórias, aplicáveis pelo incumprimento definitivo do contrato**” [destaque nosso].

efeitos daquela eram incompatíveis com o direito a indemnização do *interesse contratual positivo*, só podendo dar lugar a indemnização fundada em violação do *interesse contratual negativo*, a coberto do artigo 227.^o”, conforme vertido no acórdão do STJ de 15.02.2018⁹⁰. De resto, esta é a posição de ANTUNES VARELA⁹¹, MENEZES LEITÃO⁹² e de uma parte significativa da jurisprudência do STJ⁹³.

⁹⁰ Acórdão do STJ de 15.02.2018 encontra-se disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b2ca66d6c1d5b3280258236005d8d14?OpenDocument>.

⁹¹ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10^a Edição, Almedina, 2008, p. 109.

⁹² Destacamos as razões indicadas por MENEZES LEITÃO para considerar que apenas é devida uma indemnização limitada aos danos derivados do interesse contratual negativo, em caso de resolução por incumprimento: “de acordo com a posição da doutrina maioritária, onde se incluíram os nomes de GALVÃO TELLES, ANTUNES VARELA, ALMEIDA COSTA, MOTA PINTO, RIBEIRO DE FARIA e BRANDÃO PROENÇA, a função do art. 801.^o n.º 2 é, perante o incumprimento de uma das partes num contrato sinalagmático, proporcionar à outra parte uma opção entre duas alternativas:

- exigir simplesmente uma indemnização por incumprimento, que naturalmente abrangerá todos os danos suportados em virtude da não realização da prestação pela outra parte (interesse contratual positivo), mantendo-se, porém, a sua própria obrigação;
- obter a resolução do contrato, cuja eficácia retroativa lhe permite liberar-se da sua obrigação pedindo eventualmente a restituição da sua prestação já realizada, acrescida de uma indemnização que, neste caso, se limita aos danos derivados da não conclusão do contrato (interesse contratual negativo).

(...) Cabe tomar posição neste debate. Em primeiro lugar, começaríamos por salientar que a tese que sustenta que a indemnização abrange o interesse contratual positivo vem efetuar uma certa quebra no regime da resolução por incumprimento, cuja função principal é precisamente libertar o credor do dever de efetuar a sua contraprestação ou permitir-lhe obter a sua restituição. Nesse enquadramento, a resolução implicaria um desequilíbrio na estrutura sinalagmática do contrato, já que o contraente fiel obteria a exoneração da sua obrigação ou a restituição da prestação anteriormente realizada, enquanto o contraente faltoso continuaria a responder integralmente pelo interesse de cumprimento da outra parte. É claro que a tese referida permite o desconto da contraprestação na indemnização pelo interesse contratual positivo, mas essa solução não deixa de representar um desequilíbrio na estrutura sinalagmática do contrato na medida em que atribui ao contraente fiel simultaneamente uma pretensão restituitória da sua própria prestação e uma pretensão indemnizatória pelo interesse de cumprimento, quando superior a esta, enquanto o contraente faltoso perde qualquer pretensão em relação à outra parte.

Nesse enquadramento, a resolução por incumprimento praticamente transformaria o contrato sinalagmático em unilateral, uma vez que determinaria uma sua liquidação num só sentido. Ora, parece que não é seguramente essa a solução do nosso direito, que estabelece o carácter retroativo

No sentido contrário, temos a posição de Autores como ROMANO MARTINEZ⁹⁴, MENEZES CORDEIRO ou Paulo MOTA PINTO, que defendem a admissibilidade da cumulação da resolução com uma indemnização do interesse contratual positivo.

Note-se que existe um consenso alargado nos países europeus no sentido de poder haver a cumulação entre o interesse contratual positivo (indemnização por não cumprimento, devido à frustração do interesse do credor no cumprimento da prestação) e o interesse contratual negativo (por exemplo, decorrente da mera resolução de um contrato)⁹⁵.

Por esse motivo, MOTA PINTO defende que a doutrina e jurisprudência em Portugal deveriam caminhar no mesmo sentido evolutivo⁹⁶.

da resolução (arts. 433.º, 289.º e 434.º), determinando a existência de duas pretensões recíprocas de restituição no caso de esta ocorrer no âmbito de um contrato sinalagmático (art. 433.º e 290.º). Assim sendo, parece seguro que a indemnização terá que ser limitada ao interesse contratual negativo, na medida em que não pode abranger os danos resultantes da frustração das utilidades proporcionadas pela própria prestação. Tal não significa, porém, que não possa ocorrer uma indemnização por lucros cessantes, bastando ao credor demonstrar que a celebração daquele contrato o impediu de celebrar outro que lhe teria proporcionado benefícios que assim deixou de obter (art.º 564.º, n.º 1)” (*in Direito das Obrigações, Volume II - Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 4ª ed., Almedina, 2006, p. 265 a 268).

⁹³ A título de exemplo, os acórdãos do STJ de 15 de fevereiro de 2018, 17 de maio de 2007 e de 22 de abril de 2008 (disponíveis, respetivamente, em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b2ca66d6c1d5b3280258236005d8d14?OpenDocument>; <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/80c4f9c17007a24f802572de003e650c?OpenDocument>), e <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54e8fe8d07db8fef80257433004f62f2?OpenDocument>).

⁹⁴ ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2005, p.208.

⁹⁵ A exceção verifica-se na Suíça, onde, em caso de resolução de um contrato, apenas é permitida a indemnização pelo interesse contratual negativo, nos termos do art.º 109.º n.º 2 do *Code des Obligations* suíço, cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, Volume II*, Coimbra Editora, 2008, p. 1622 (nota de rodapé n.º 4651).

⁹⁶ MOTA PINTO, Paulo, *Interesse contratual...* cit., p. 1622 a 1639.

Também é de sublinhar a argumentação utilizada por MENEZES CORDEIRO, quando defende que “perante o moderno Direito das obrigações, não é possível vir afirmar que a resolução destrói retroativamente o contrato, suprimindo todas as obrigações dele derivadas. O vínculo obrigacional é uma realidade complexa. A resolução apenas visa suprimir o dever de prestar principal do contraente fiel, perante o incumprimento definitivo do dever de prestar principal a cargo do contraente faltoso (...). Quer dizer que a resolução apenas põe termo aos deveres de prestação principais. Todos os demais deveres envolvidos, secundários e acessórios se mantêm. A ideia de que, havendo resolução, não faria sentido optar pelo interesse positivo do cumprimento por se ter desistido do contrato é puramente formal e conceitual. Com efeito, o incumprimento acarreta danos. Perante eles, há que prever uma indemnização integral. A pessoa que resolve o contrato apenas tenciona libertar-se da prestação principal que lhe incumbe: não pretende, minimamente, desistir da indemnização a que tenha direito”⁹⁷.

Cumprir tomar uma posição sobre a questão da ressarcibilidade do interesse contratual positivo em caso de resolução por incumprimento. E, apesar de uma maior inclinação pela solução da indemnização pelo interesse contratual negativo em caso de resolução (pelas razões doutrinárias de MENEZES LEITÃO elencadas na **nota de rodapé n.º 93**), não descuramos a possibilidade de ser admissível, nalguns casos, a indemnização pelo interesse contratual positivo, em consonância com o que foi propugnado pelo STJ no acórdão de 15.02.2018:

“Aqui chegados, afigura-se que a tese da admissibilidade da cumulação da resolução com a indemnização pelo interesse contratual positivo assenta em argumentação sólida, que, numa análise sistémica de todo o quadro normativo relevante, melhor corresponde ao primado da responsabilidade civil contratual e da sua função na reintegração dos interesses do credor lesado pela frustração do programa negocial.

⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, IX, Almedina, 3.ª Edição, 2017, p. 949.

Assim sendo, propendemos a considerar, em tese, admissível aquela cumulação, na linha do que foi ponderado no acórdão do STJ de 21/10/2010, proferido no processo n.º 1285/07.7TJVN.F.P1.S1, sem prejuízo da ponderação casuística a fazer, à luz do princípio da boa fé, no concreto contexto dos interesses em jogo, mormente em função do tipo de contrato em causa, de modo a evitar situações de grave desequilíbrio na relação de liquidação ou de benefício injustificado por parte do credor lesado.

E, no atual panorama da jurisprudência, afigura-se ser mais curial prosseguir por via da ponderação de caso a caso, sem a condicionar, de forma apriorística, ao critério abstrato de regra-exceção.”

Ora, sobretudo neste contexto específico do incumprimento no crédito à habitação _ em que os mutuários, não raras vezes, não só perdem o imóvel (através de uma dação em cumprimento ou da venda judicial) como ainda têm de pagar o remanescente da dívida não coberto pelo produto da venda _ , a possibilidade de o mutuante ver até o seu interesse contratual positivo salvaguardado, à custa de um mutuário de base desapossado do imóvel e ainda devedor de um montante remanescente, reveste-se de uma incontornável desproporcionalidade.

É verdade que, em caso de incumprimento de um crédito à habitação, a posição normal do banco será a de procurar reaver todo o capital, incluindo os juros remuneratórios vincendos (como, de resto, resulta das *supra* citadas alegações da Instituição de Crédito mutuante no âmbito do acórdão do STJ de 25-03-2009), procurando proteger o seu interesse contratual positivo.

No entanto, reforçamos as nossas sérias reservas quanto à defensabilidade do interesse contratual positivo no âmbito do crédito à habitação. Primeiramente, no contexto de incumprimento e perda da casa, analisando da perspectiva do incumpridor, este ficaria sujeito a uma espécie de dupla penalização: não só deixaria de poder usar e fruir o bem em causa como continuaria a pagar, na medida das suas possibilidades, como se continuasse a fazê-lo.

Em segundo lugar, a totalidade do risco de incumprimento seria assumida por uma das partes, e só em caso de insolvência da parte devedora é que a parte

credora teria uma possibilidade concreta de sofrer perdas. Ora, num contrato com tamanha relevância social, causa estranheza a existência de uma disparidade tão grande na distribuição do risco, sobretudo quando está em causa um mútuo de escopo da envergadura de um crédito à habitação (em que o banco dispõe de tantos ou mais meios do que o mutuário, designadamente para fazer uma correta avaliação da casa). Assim, e ainda que se defenda por princípio o interesse contratual positivo, nunca se poderia, em nome da mais elementar justiça, ir além do razoável, conforme vertido no sumário do acórdão do STJ de 21.10.2010⁹⁸: “a indemnização pela destruição da relação contratual, por efeito da resolução, não está limitada ao interesse contratual negativo, podendo ainda abranger, em certos casos, os danos positivos, o interesse contratual positivo, desde que tal não acarrete qualquer situação geradora de desequilíbrios ou benefícios injustificados.” [sublinhado nosso].

Ora, nem que seja pelo desequilíbrio que existiria entre mutuante e mutuário ao nível do risco assumido por cada parte, não pode ser defensável, eticamente, a ressarcibilidade do interesse contratual positivo em caso de resolução por incumprimento de crédito à habitação (e subsequente entrega do imóvel).

Relembramos as palavras do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2009⁹⁹: “há, pois, que ponderar os interesses em jogo no caso concreto e, perante eles, conceder ou denegar o caminho, particularmente estreito, da indemnização pelo interesse contratual positivo. Nesta ponderação, tem, a nosso ver, uma palavra a dizer o princípio de boa fé”.

⁹⁸ Acórdão disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37180c4a4554378280257823003f25a6?OpenDocument>.

⁹⁹ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2009 (processo 08B4052, relator João Bernardo), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/07fb864d462872b1802575600037be44?OpenDocument>.

E a verdade é que, neste contexto, dificilmente se vislumbram argumentos que possam sustentar a defensabilidade da indemnização pelo interesse contratual positivo sem que sejam causados desequilíbrios manifestos e ostensivos e/ou benefícios injustificados¹⁰⁰, pelo menos no que concerne à maioria das famílias portuguesas (podendo as circunstâncias ser diferentes no caso de o mutuário ter uma situação económica bastante desafogada _ ou seja, no caso de ter um património que lhe permita fazer face a uma cláusula penal indemnizatória).

Saliente-se a terminologia do acórdão da Relação de Guimarães de 08.06.2017 (ainda que prolatado no âmbito de uma locação financeira imobiliária), quando refere que “para averiguar se uma cláusula penal é desproporcionada aos danos a ressarcir é necessário proceder a uma comparação entre o montante da indemnização que resulta dessa cláusula e a ordem de grandeza dos prejuízos que o credor sofrerá com o incumprimento (STJ, Rev. n.º 2892/01-7a, 29-11-2000 Sumários, 55.º)¹⁰¹”: ora, para o comum das famílias portuguesas, o incumprimento no crédito à habitação corresponderá a uma situação de dificuldades económicas. Por esse motivo, uma cláusula penal indemnizatória que salvguarde o interesse contratual positivo do mutuante não deve, em regra, ser uma possibilidade no âmbito do crédito à habitação em caso de resolução (através do art. 27.º do DL n.º 74-A/2017 de 23 de junho).

Podemos fazer um paralelismo com o contrato de locação financeira¹⁰², onde são abundantes as decisões judiciais tanto em casos de vencimento

¹⁰⁰ Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2010 (processo 1285/07.7TJVN.F.P1.S1, relator Barreto Nunes), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37180c4a4554378280257823003f25a6?OpenDocument>.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08 de junho de 2017, processo n.º 577/13.0TJVN.F-A.G1, relatora Alexandra Rolim Mendes, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d7b16ed27f7e619680258192003b846f?OpenDocument>. Este acórdão também explica que “a cláusula penal desproporcionada, nos termos da al. c), do art. 19.º, do Dec. Lei n.º 446/85, de 25-10, conduz à nulidade e não a uma simples redução”.

¹⁰² Segundo o art. 1.º do Decreto-Lei 149/95, de 24 de Junho, locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma

antecipado (com a exigência antecipada das rendas vincendas) como em casos de resolução do contrato com fundamento em incumprimento do locatário. Apesar de, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 168/89, de 24 de maio, já não se aplicar, à indemnização máxima a fixar em caso de incumprimento, o limite de 20% do somatório dos valores das rendas vincendas¹⁰³, a verdade é que a doutrina defende a existência de limites de razoabilidade aferidos casuisticamente¹⁰⁴.

Ora, no caso do crédito à habitação, pelo peso social que tem este tipo de contrato bem como pela ordem de grandeza dos valores normalmente envolvidos, exigir-se-ia um rigor acrescido na determinação de limites às cláusulas indemnizatórias em caso de resolução _ algo que até hoje ainda não sucede no regime do crédito à habitação português.

4. O prosseguimento da execução após a entrega da casa

4.1. A jurisprudência portuguesa

No âmbito do incumprimento no crédito à habitação, não existe um entendimento unânime na jurisprudência nacional quanto ao prosseguimento da

coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário pode comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados.

¹⁰³ DUARTE, Rui Pinto, *O Contrato de Locação Financeira - Uma síntese*, p. 45, disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_ma_12952.pdf.

¹⁰⁴ Rui PINTO DUARTE defende que “por vezes, surgem vozes no sentido de que tais cláusulas são manifestamente excessivas e, portanto, susceptíveis de redução, nos termos do art. 812 do Código Civil. Não é, porém, viável fazer um tal juízo com carácter geral. Só perante cada situação de resolução é possível apurar se a cláusula é manifestamente excessiva. Dos direitos que a resolução gera para o locador pode resultar lucro ou prejuízo relativamente ao que se verificaria se o locatário cumprisse. Depende do valor do capital em dívida à data da resolução e do valor pelo qual o locador aliene a terceiros o bem objecto da locação financeira (ou, se se preferir, do valor de mercado desse bem). Se este valor for maior do que aquele, todo o montante da cláusula penal é um «sobrelucro», que poderá ser considerado manifestamente excessivo. Se esse segundo valor for menor do que o primeiro, o montante da cláusula penal destinar-se-á primacialmente a compensar o prejuízo, podendo até nem ser suficiente para isso (sobretudo quando a resolução tenha lugar num momento em que o capital em dívida seja elevado e o bem pouco valha no mercado de segunda mão)” (*ibidem*, p. 45 e 46).

execução após a entrega da casa (para satisfação do remanescente da dívida exequenda).

O entendimento jurisprudencial tem sido praticamente uniforme em considerar que a dívida exequenda não se extingue com o ato da entrega da casa. No entanto, a famigerada sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 04.01.2012 veio questionar os atuais alicerces do crédito à habitação hipotecário em Portugal, na senda daquele que tem sido o entendimento jurisprudencial espanhol.

4.1.1. *Jurisprudência maioritária: o prosseguimento da execução após a entrega da casa*

Na sua esmagadora maioria, a jurisprudência portuguesa tem considerado que a pretensão de um exequente (instituição de crédito) em prosseguir a execução depois de lhe ter sido entregue o imóvel hipotecado (que não cobriu a dívida do empréstimo) está longe de configurar um abuso de direito¹⁰⁵, sendo o procedimento normal para satisfação do remanescente da dívida exequenda.

Com efeito, em Portugal, tal como na generalidade dos países europeus, é adotado o designado sistema *full resource*, em que o mutuário permanece devedor, ainda que o imóvel seja integralmente executado, desde que o produto da execução não seja suficiente para pagar a dívida.¹⁰⁶

¹⁰⁵ O entendimento generalizado da jurisprudência encontra-se resumido no sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.10.2012 (processo 1417/08.8TCSNT.L1-2, relator Pedro Martins): “a pretensão da exequente de prosseguir a execução depois de lhe ter sido entregue o imóvel hipotecado, que não cobriu a dívida exequenda, com o fim de obter a satisfação da parte do empréstimo não coberto, não configura, sem mais, um abuso de direito”.

Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/09fb0e5be6139ee380257aa30035c61d?OpenDocument>.

¹⁰⁶ LEITÃO, Luís Menezes, *O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação*, in *Julgar*, n.º 25 – Janeiro/Abril 2015, Coimbra Editora, p. 49 a 63.

O sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 05.02.2014¹⁰⁷, prolatado no âmbito de uma entrega do imóvel através de uma dação em cumprimento que visava o cumprimento parcial das responsabilidades anteriormente assumidas (e que não impedia que o banco pudesse exigir dos mutuários o pagamento da dívida remanescente), veio estabelecer que:

“Tendo a entrega, pelos réus ao Banco autor, do imóvel adquirido com recurso ao crédito, sido efetuada através de escritura pública denominada “dação em cumprimento” na qual se declarou expressamente que tal dação apenas visava o “cumprimento parcial das responsabilidades anteriormente assumidas” e tendo os réus ali reconhecido que continuavam devedores de determinadas quantias, não constitui abuso de direito ou enriquecimento sem causa, o facto de o Banco vir exigir dos réus o pagamento de tais quantias.

É para o efeito irrelevante o facto de o valor do imóvel, aceite naquela escritura, por ambas as partes, como sendo o valor do imóvel, poder ser inferior ao valor da avaliação feita aquando da concessão do crédito, na medida em que, para além de estar em causa um valor expressamente aceite pelos réus, a primeira avaliação pode ter sido feito de forma incorreta e nada impedia que o valor do imóvel se tivesse desvalorizado entretanto, mormente pelo seu uso, sendo certo que, conforme é público e notório, mercê da crise financeira e do imobiliário, os imóveis têm vindo a ser objeto de acentuada desvalorização”.

Este acórdão tem a curiosidade de considerar “irrelevante” o facto de o valor da avaliação ser inferior ao valor de mercado na altura da venda, não existindo qualquer correlação relevante, para efeitos de processo executivo, entre o montante do crédito contraído pelo comprador e o valor pelo qual foi avaliado o imóvel.

¹⁰⁷ Acórdão disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/aacd32812e0c85e680257de10056feac?OpenDocument>.

Este é, de resto, o entendimento maioritário na jurisprudência, encontrando-se fielmente representado no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.10.2012¹⁰⁸, que considerou que a pretensão de um exequente (instituição de crédito) em prosseguir a execução depois de lhe ter sido entregue o imóvel hipotecado (que não cobriu a dívida do empréstimo) está longe de configurar um abuso de direito: o acórdão chega a mencionar a célebre sentença do Tribunal de Portalegre (bem como a jurisprudência espanhola que propugna que a entrega do imóvel hipotecado ao banco salda a dívida contraída) mas fá-lo apenas para refutar o argumentário utilizado pelo mutuário no processo em análise. Acima de tudo, neste acórdão recusa-se que o mutuante possa “arcar com o risco da diferença” entre o valor do imóvel na altura da compra por parte do mutuário e o valor do mesmo na altura da venda, fazendo-se uma referência à regra da transferência do risco com a entrega da coisa (art. 796.º n.º1 do CC) para reforçar que “a depreciação do imóvel corre por conta do comprador a quem o mesmo foi entregue”.

Assim, no contexto da entrega do imóvel ao mutuante em caso de incumprimento, tem sido entendimento generalizado na jurisprudência portuguesa tratar-se de uma dação *pro solvendo* (art. 840.º do CC¹⁰⁹), que não tem efeito liberatório imediato: apenas serve para facilitar a satisfação do crédito do credor (só se extinguindo o crédito quando o mesmo for totalmente extinto)¹¹⁰. Pelo que,

¹⁰⁸ Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/09fb0e5be6139ee380257aa30035c61d?OpenDocument>

¹⁰⁹ “Artigo 840.º do Código Civil
(Dação «pro solvendo»)

1. Se o devedor efetuar uma prestação diferente da devida, para que o credor obtenha mais facilmente, pela realização do valor dela, a satisfação do seu crédito, este só se extingue quando for satisfeito, e na medida respectiva.
2. Se a dação tiver por objeto a cessão de um crédito ou a assunção de uma dívida, presume-se feita nos termos do número anterior.

¹¹⁰ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.11.2003 explana bem a diferença entre a dação em cumprimento (*datio pro solutum*) e a dação em função do cumprimento (*datio pro solvendo*). Desde logo no sumário, indica-se que “A dação pro solutum e a datio pro solvendo têm em comum, no plano do cumprimento, a substituição de uma primitiva prestação por outra, e

após a concretização da dação *pro solvendo*, poderá o credor prosseguir com as diligências para recuperação do crédito em falta.

Importa, por fim, ressaltar que a dação em cumprimento não é, de todo, um procedimento obrigatório, estabelecendo o acórdão do STJ de 07.10.2014 que “embora a dação em cumprimento constitua um modo normal de extinção de obrigações, o devedor não tem obrigação de efetuar essa prestação de substituição, não podendo esta ser imposta unilateralmente por qualquer das partes”¹¹¹.

Reforce-se, assim, que a situação mais comum é o prosseguimento das diligências para recuperação do crédito remanescente (o que, não raras vezes, se traduz na inevitabilidade de uma insolvência pessoal).

4.1.2. *A sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 04.01.2012*

A situação ideal para o devedor numa situação de necessidade da entrega da casa por força do incumprimento seria a da mera dação em cumprimento (*datio pro solutum*), em que a extinção da dívida é incondicional e se dá no momento em que o devedor efetua uma prestação diferente da que era devida, mediante o total acordo com o credor (nos termos do art.º 837.º do Código Civil).

No entanto, é raro dar-se esta situação, na medida em que a mesma configura, no fundo, um perdão da dívida. Segundo esta posição, a entrega do imóvel hipotecado ao banco saldaria a dívida contraída para a compra do mesmo.

a diferença no facto de a extinção daquela prestação ser incondicional no primeiro caso e, no segundo, depender da condição de realização do respectivo direito de crédito”.

O acórdão encontra-se disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/80e5a8a02be605d380256de8005da0a9>.

¹¹¹ Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13b5a89caaf1a5fe80257d6a0052e5c0?OpenDocument>.

Ora, na célebre e muito controversa sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 04.01.2012¹¹², considerou o juiz que a obrigação de pagamento do remanescente da dívida após a venda da casa constituiria um abuso de direito.

No caso em concreto, estava em causa um processo de inventário (no âmbito de um divórcio por mútuo consentimento), tendo o tribunal decidido que a adjudicação do imóvel ao banco credor (através de venda judicial mediante propostas em carta fechada), por um valor de 82.250,00€ extinguiu a dívida do mutuário ao banco, apesar de o produto da venda ter sido insuficiente para cobrir o montante total da dívida: o Tribunal recusou-se assim a reconhecer o remanescente da dívida.

O acórdão cita MENEZES CORDEIRO para invocar o abuso de direito¹¹³ e a modalidade de *venire contra factum proprium*¹¹⁴.

O tribunal considerou ter existido abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium* na medida em que o banco concedeu um empréstimo no montante total de 129.521,52€ (com o imóvel a ser avaliado em 117.000,00€) e depois veio a adquirir o imóvel por 82.250,00€ (cerca de 70% do valor patrimonial), sendo que o crédito havia sido concedido com base num valor inicial de avaliação que o próprio mutuante acreditou. Saliente-se que neste caso, o próprio banco credor foi o único a apresentar proposta, tendo então sido adjudicado o imóvel ao credor hipotecário.

O tribunal invocou ainda a figura do enriquecimento sem causa por prestação, afirmando que houve uma ausência de causa jurídica para que pudesse

¹¹² Decisão do acórdão disponível em:

http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre_creditohipotecario.pdf

¹¹³ O acórdão cita: “a conceção geral do abuso de direito postula a existência de limites indeterminados à atuação jurídica individual. Tais limites advêm de conceitos particulares como os de função, de bons costumes e da boa-fé” (in MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, 2ª Edição, 2000, Almedina, pág. 249).

¹¹⁴ O acórdão cita: “O *venire contra factum proprium* exprime a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assuma comportamentos contraditórios” (MENEZES CORDEIRO, *O Tratado... cit.*, pág. 251).

ocorrer a receção da prestação: o Tribunal de Portalegre considerou que, atendendo ao conteúdo deste mútuo de escopo (aquisição de habitação), com a venda da habitação, o resultado visado pelo contrato deixou de existir.

Saliente-se por fim um trecho deste acórdão: “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, [as partes] 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 refletisse 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”.

E, apesar de esta sentença não ter feito escola nos tribunais ou na doutrina portuguesas¹¹⁵, a verdade é que a mesma transitou em julgado sem que a instituição de crédito tenha interposto recurso (desconhecendo-se os motivos que levaram o credor a adotar tal postura).

De resto, e independentemente da insuficiente fundamentação jurídica patente na sentença, subscrevemos a posição de MENEZES LEITÃO, quando defende que “decisão deve considerar-se no essencial correta. Não a

¹¹⁵ Note-se que esta sentença do Tribunal de Portugal, independentemente da fundamentação jurídica utilizada, adotou uma solução que vem na esteira de um entendimento jurisprudencial que tem feito escola na vizinha Espanha, segundo o qual fica saldada a dívida de um crédito à habitação com a mera entrega do imóvel em causa.

acompanhamos apenas na sua fundamentação no enriquecimento sem causa, uma vez que, conforme temos escrito, a aplicação da *condictio ob rem* não tem lugar sempre que esteja em causa um contrato, como é neste caso o crédito à habitação. Mas já nada há a censurar em relação à aplicação *in casu* do abuso de direito. Na verdade, é manifestamente abusivo o comportamento do banco neste caso. Basta ver que concedeu crédito a consumidores, com base num valor de avaliação que ele próprio certificou, criando assim uma situação de confiança de que o valor do imóvel chegaria para pagar o empréstimo. Depois, no entanto, efetuou uma proposta de aquisição do imóvel por um valor que sabia ser insuficiente para cobrir o seu crédito, exigindo em seguida ao devedor, já desembolsado do seu único ativo, que lhe liquidasse a diferença de valores, o que colocaria o devedor em insolvência. É evidente que esse comportamento do banco representa um exercício manifestamente abusivo do seu direito de crédito, consubstanciando um verdadeiro *venire contra factum proprium*¹¹⁶.

Há que não esquecer que, quando foi dada a conhecer ao grande público esta sentença de Portalegre, houve várias tomadas de posição públicas na doutrina nacional: umas para afirmar que o julgador não se deve substituir ao legislador (e que só é permitido a um juiz criar normas *ad hoc* para preencher lacunas legais, o que não seria aqui o caso _ posição de MENÈRES CAMPOS num texto publicado no site da Ordem dos Advogados)¹¹⁷, outras para dizer que “*ao intérprete e ao aplicador do direito surgem novos desafios no sentido de fazer brotar a flor da Justiça na terra árida da Lei*” (BRÁS CÂMARA)¹¹⁸.

¹¹⁶ LEITÃO, Luís Menezes, O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação, in *Julgar*, n.º 25 – Janeiro/Abril 2015, Coimbra Editora, p. 55.

¹¹⁷ MENÈRES CAMPOS, Isabel, *O Justiceiro: o estranho caso do Juiz Legislador*, in *Ipsa Jure* n.º 36.

¹¹⁸ BRÁS CÂMARA, Carla, A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado Pelo Credor e a Questão da Satisfação (Integral ou Parcial) do Crédito, in *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 697 e ss.

A verdade é que, no caso concreto da sentença de Portalegre, havia um argumento jurídico efetivamente aplicável (nomeadamente, a figura do abuso de direito). E, parece-nos que, inclusivamente, a figura do *venire contra factum proprium* poderá não ser aplicável única e exclusivamente nas situações em que seja o próprio banco mutuante a comprar o imóvel executado.

Recorde-se os pressupostos do *venire contra factum proprium*, que se encontram bem descritos no acórdão do STJ de 12.11.2013¹¹⁹:

“(…) há desde logo um primeiro e fundamental pressuposto a considerar: a existência de um comportamento anterior do agente (o *factum proprium*) que seja suscetível de fundar uma situação objetiva de confiança. Em segundo lugar exige-se que, quer a conduta anterior (*factum proprium*), quer a atual (em contradição com aquela) sejam imputáveis ao agente. Em terceiro lugar, que a pessoa atingida com o comportamento contraditório esteja de boa fé, vale por dizer, que tenha confiado na situação criada pelo ato anterior, ignorando sem culpa a eventual intenção contrária do agente. Em quarto lugar, que haja um “investimento de confiança”, traduzido no facto de o confiante ter desenvolvido uma atividade com base no *factum proprium*, de modo tal que a destruição dessa atividade pela conduta posterior, contraditória, do agente (o *venire*) traduzam uma injustiça clara, evidente. Por último, exige-se que o referido “investimento de confiança” seja causado por uma confiança subjetiva objetivamente fundada; terá que existir, por conseguinte, causalidade entre, por um lado, a situação objetiva de confiança e a confiança da contraparte, e, por outro, entre esta e a “disposição” ou “investimento” levado a cabo que deu origem ao dano.”

Este último acórdão sublinha, por outro lado que o *venire contra factum proprium* não é um instituto que opere automaticamente com a mera verificação dos pressupostos, socorrendo-se da doutrina de MOTA PINTO para explicar que

¹¹⁹ Acórdão disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20092f953c21dc0380257c22003a505a?OpenDocument>

se trata de “uma técnica... que não dispensa, e antes pressupõe, um controlo da adequação material da solução, com uma valoração global de todos os elementos à luz do ponto de vista da tutela da confiança legítima”, devendo assim todos aqueles pressupostos “ser globalmente ponderados, em concreto, para se averiguar se existe efetivamente uma “necessidade ético-jurídica” de impedir a conduta contraditória, designadamente, por não se poder evitar ou remover de outra forma o prejuízo do confiante, e por a situação conflitar com as exigências de conduta de uma contraparte leal, correta e honesta – com os ditames da boa fé em sentido objetivo”¹²⁰.

Será portanto apenas casuisticamente que se poderá aferir se a instituição de crédito está ou não a atuar com abuso de poder. E, parecendo evidente que existe violação da legítima expectativa (e da confiança legítima) nos casos em que o próprio banco compre o imóvel por um preço abaixo daquele que havia avaliado no momento da celebração, não é descabido imaginar cenários onde exista a frustração de legítimas expectativas ainda que o comprador seja um terceiro. Conseguimos imaginar, por exemplo, uma situação em que a avaliação do imóvel pelo banco foi feita por um valor superior ao valor da compra do imóvel, sendo que a venda executiva se viria a concretizar por um valor inferior ao montante mutuado: as flutuações do mercado podem ser um fenómeno que o homem médio desconhece e não acautela, podendo o mutuário julgar que está a fazer um negócio seguro e ver-se depois na contingência de num cenário de crise pessoal conjugado com uma crise do imobiliário, ter de pedir recorrer à insolvência pessoal quando nada o faria pensar em tal hipótese, no momento da compra e venda.

4.2. O caso espanhol

Em Espanha, a jurisprudência constituída por algumas sentenças prolatadas a partir de 2009 influenciaram o sentido da decisão do Tribunal de Portalegre,

¹²⁰ MOTA PINTO, Paulo, Sobre a Proibição do Comportamento Contraditório (Venire Contra Factum Proprium) no Direito Civil, *BFUDC, Volume Comemorativo (2003)*, p. 302 a 305).

introduzindo-se a temática do abuso de direito e começando a colocar-se em causa um modelo que permitia ao credor recuperar um valor superior ao produto do bem hipotecado.

A jurisprudência espanhola que se elenca de seguida veio sobretudo reagir contra duas normas, (i) o art. 105.º da Ley Hipotecária¹²¹, onde se prevê que a responsabilidade ilimitada do devedor não é modificada pela hipoteca e (ii) o art. 579.º da Ley de Enjuiciamiento Civil¹²² [lei do processo civil espanhol], onde se estatui que se o produto dos bens hipotecados não for suficiente para cobrir o crédito, o credor poderá pedir o prosseguimento da ação executiva para recebimento do montante em dívida.

Ora, na decisão do Juzgado de Primeia Instancia de 13 de novembro de 2009 e Instrucción n.º 2 de Estella/Lizarra¹²³), o tribunal recusou a continuação da execução (com exceção dos juros e custas), sob fundamento de o montante concedido no mútuo (59.390,00€, ampliado posteriormente em 11.865,39€) ter ficado saldado com a entrega do imóvel (apesar de o imóvel ter sido adjudicado ao banco pelo valor de 42.895,00€), na medida em que o valor real do bem era suficiente para satisfazer a dívida exequenda, sendo assim irrelevante o valor atribuído ao imóvel aquando da adjudicação. Note-se que o tribunal superior veio confirmar esta decisão, com a justificação de que a desvalorização do valor dos imóveis derivava de uma crise económica causada pelo próprio sistema financeiro (havendo assim abuso de direito do banco ao querer prosseguir a execução pelo remanescente).

¹²¹ A Ley Hipotecaria foi aprovada pelo Decreto de 8 de febrero de 1946 (última modificação a 6 de outubro de 2015). Note-se que o Governo espanhol aprovou no dia 31 de outubro de 2017 um anteprojeto da “Ley Reguladora delos Conratos de Crédito Inmobiliario” que viria transpor a Diretiva EU 2014/17/EU de 4 de fevereiro de 2014 e reformar a Ley Hipotecaria; no entanto, o Congresso e o Senado ainda não deram luz verde para o anteprojeto.

¹²² A Ley de Enjuiciamiento Civil corresponde à Ley 1/200, de 7 de enero (última modificação a 12 de junho de 2018).

¹²³ Decisão disponível em:

<https://afectadosporlahipoteca.files.wordpress.com/2011/01/autoapnavarra17-12-2010ejecucic3b3nhipotecaria.pdf>.

Seguiu-se o Juzgado de Primera Instancia 44 de Barcelona, no processo 10/0259, que decidiu igualmente no sentido de considerar o eventual prosseguimento da execução um claro abuso de direito, tendo ficado remida a dívida através da adjudicação da casa.

Já o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Arenys de Mar, de 22 de fevereiro de 2012,¹²⁴ aproveitou para criticar as medidas de apoio aos devedores hipotecários, considerando que as medidas de proteção ao devedor deveriam ser mais incisivas, como acontece noutros países. Refere nomeadamente os casos da Bélgica (onde é conferida a possibilidade ao executado de desfrutar do imóvel na qualidade de arrendatário), França (onde, por exemplo, é possível adiar o despejo em determinados casos; e onde também é possível substituir o procedimento judicial por uma venda voluntária do imóvel sob supervisão judicial), Alemanha (onde o valor do imóvel a leiloar é fixado pelo Tribunal e não pelo banco executante) e Dinamarca (onde há uma audiência entre devedor e credor, na presença dos serviços sociais, em que é dada ao devedor a escolha entre a venda do imóvel e uma solução alternativa).

Por outro lado, este último acórdão também criticou o sistema de execução hipotecária espanhol, atribuindo responsabilidades das instituições de crédito no caso de uma avaliação deficitária do imóvel, e considerando que a crise financeira vivida consubstanciou uma alteração das circunstâncias aos contratos de crédito hipotecário (devendo assim o julgador restabelecer um equilíbrio contratual).

4.3. O caso norte-americano

O ordenamento jurídico dos Estados Unidos é plurilegislativo, sendo por isso possível a existência de políticas diferenciadas no âmbito de crédito hipotecário.

¹²⁴ Decisão disponível em: <http://observatoridesc.org/sites/default/files/Auto-Arenys-de-Mar.pdf>.

Deste modo, existem alguns estados onde vigora um sistema de cobrança judicial (estados como Connecticut, Delaware, Florida, New Jersey ou New York, por exemplo, têm *judicial foreclosures*) e outros onde está implementado um sistema de cobrança extrajudicial (em estados como Alabama, Alasca, Califórnia, Colorado ou Minnesota, por exemplo, existem *non-judicial foreclosures* _ sendo que as ineficiências deste sistema agravaram ainda mais a crise do *subprime*¹²⁵)¹²⁶.

Ora, numa parte muito significativa dos estados norte-americanos existe uma cláusula de dação em cumprimento que permite ao proprietário a entrega da casa sem ter de efetuar mais qualquer pagamento: a instituição bancária recebe simplesmente a casa em vez de ser satisfeita a totalidade do montante mutuado¹²⁷.

Com efeito, o empréstimo hipotecário (*mortgage loan*) é, na maioria dos Estados norte-americanos, sem recurso (*non recourse*), o que se traduz na possibilidade de o mutuário poder entregar o imóvel ao mutuante sem ter de responder pelo remanescente da dívida. De resto, ainda que esta mesma solução não esteja consagrada pela via legislativa, a mesma acaba por resultar, do mesmo modo, da prática da *law in action* contra a *law in books*, na terminologia de MENEZES LEITÃO¹²⁸. Como tal, muitas vezes, a forma de o mutuante se precaver passa pela celebração de contratos de seguro para o incumprimento.

¹²⁵ Sobre os problemas dos *non-judicial foreclosures*, vide RENUART, Elizabeth, *Property Title Trouble in Non-Judicial Foreclosure States: The Ibanez Time Bomb?*, Albany Law School, disponível em <http://chasechase.org/doxcc/IbanezTimeBomb.pdf>.

¹²⁶ Para maior desenvolvimento do regime norte-americano, vide RAPOSO, João Vasconcelos, *Crédito Hipotecário...*, cit. P. 40 a 47.

¹²⁷ ADMATI e HELLWIG explicam que “por exemplo, as hipotecas são dadas com dação em cumprimento na Florida, no Arizona e no Texas. Na Califórnia, só a hipoteca de valor da compra tem dação em cumprimento (Ghent e Kudlyak 2009). No caso das segundas hipotecas, que são anteriores às primeiras hipotecas e só recebem pagamentos depois de as primeiras terem sido liquidadas e só recebem pagamentos depois de as primeiras terem sido liquidadas, os mutuários não têm direito a esta proteção.” (*in Os Banqueiros vão nus...*, cit., p. 63).

¹²⁸ LEITÃO, Luís Menezes, O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação, *in Julgar*, n.º 25 – Janeiro/Abril 2015, Coimbra Editora, p. 49 a 50.

Terminada esta incursão pelas práticas e sistemas executivos em Espanha e nos Estados Unidos, cumpre voltar a centrar a atenção no caso português, procurando agora descortinar quais as medidas que foram sendo tomadas de modo a proteger as posições contratuais tanto de mutuários como de mutuantes e, inerentemente, a forma como se procurou mitigar o risco de incumprimento que existe sempre num qualquer contrato de crédito à habitação.

5. O risco no crédito à habitação

5.1. *A repartição do risco tal como existe atualmente no crédito à habitação em Portugal*

5.1.1. *O risco das instituições de crédito*

O risco de incumprimento é inerente a qualquer operação bancária, estando por isso qualquer instituição de crédito exposta ao risco de crédito (ou seja, ao risco de o mutuário incumprir no pagamento das dívidas nos prazos acordados).

Efetivamente, ainda que decorra de qualquer contrato de crédito a obrigação do pagamento do valor acordado e nas prestações acordadas, existe sempre o risco de o devedor entrar em incumprimento, ainda que por um motivo que não lhe seja imputável. Também por esse motivo a hipoteca se reveste de particular importância, de modo a minimizar o risco de perdas para o banco.

Note-se que os riscos relacionados com a atividade bancária são de diversos tipos: (i) o risco de crédito ou *default risk* (inerente à possibilidade de um não reembolso dos montantes emprestados aos mutuários _ é um dos riscos mais relevantes na atividade bancária), (ii) o risco do próprio país ou *country risk* (nomeadamente, associado a uma eventual instabilidade política, social, económica ou financeira do país do devedor), (iii) o risco de liquidez ou *liquidity risk* (que está relacionado com a facilidade ou não com que a instituição converte os seus ativos em dinheiro), (iv) o risco de taxa de juro ou *interest rate risk* (relativo à possibilidade de flutuações das taxas de juro no mercado), (v) o risco

cambial ou *foreign exchange risk* (inerente ao facto de termos um mercado cada vez mais globalizado e, portanto, permeável às oscilações dos valores das moedas estrangeiras _ existindo assim o risco de as taxas de câmbio entre as moedas dos países exportadores e importadores se alterarem entre a data de cotação e a data de liquidação de um negócio), (vi) o risco de mercado ou *market risk* (relacionado com a potencial variação no valor de mercado dos próprios ativos financeiros, que pode por sua vez gerar perdas para as instituições de crédito), (vii) o risco operacional ou *operational risk* (relativo à possibilidade de ocorrência de erros devido a falha humana, erros de processo na organização, erros técnicos ou erros tecnológicos (viii) e, por fim, o risco de insolvência ou *solvency risk* (correspondente ao risco de a instituição ser incapaz de, através do capital ao seu dispor, conseguir absorver as perdas geradas por todos os outros riscos. Note-se que as instituições de crédito se encontram sujeitas a uma crescente exigência ao nível dos rácios de capitais próprios)¹²⁹.

Relacionados com o crédito à habitação, temos portanto, na primeira fila, o risco de crédito (atendendo à possibilidade de os mutuários incumprirem) e o risco de mercado (na medida em que há o risco de uma evolução desfavorável no mercado imobiliário aquando do momento da venda do imóvel; de resto, é de salientar que quanto mais longo for o prazo do empréstimo, maior será o risco de mercado associado, uma vez que também aumenta a imprevisibilidade da variação dos preços do mercado imobiliário, o qual tende historicamente a funcionar por ciclos).

Em Portugal vive-se, desde a segunda metade de 2017, um período de franco desenvolvimento no mercado imobiliário; contudo, é o próprio Banco de Portugal a alertar para os riscos de se estar perante a criação de uma bolha

¹²⁹ ABREU, Margarida, *et al.*, *Economia Monetária e Financeira*, 2ª ed., Escolar Editora, 2012, p. 66 a 68.

imobiliária motivada pelo forte investimento estrangeiro que se tem vindo a assistir¹³⁰.

De resto, no Relatório de Estabilidade Financeira de junho de 2018¹³¹, o Banco de Portugal indica explicitamente que “o surgimento de eventos de natureza geopolítica e económica, bem como a eventual imposição de medidas protecionistas, poderá conduzir a uma reavaliação abrupta dos prémios de risco a nível global. Este processo poderia resultar num abrandamento acentuado da atividade económica e do comércio globais e, por consequência, da procura externa dirigida à economia portuguesa. Tal terá efeitos negativos no PIB, no consumo e no investimento e, em especial, nas exportações, designadamente no turismo. Consequentemente, o abrandamento da atividade económica nacional, em particular a redução do rendimento motivada pela quebra de receitas associadas ao turismo e à dinâmica do alojamento local, poderá conduzir, numa primeira fase, a dificuldades por parte dos mutuários no cumprimento do serviço da dívida, e, numa segunda fase, a vendas de ativos imobiliários e consequente efeito na correção em baixa dos preços”.

Ficam assim patentes as implicações que o contexto económico tem no mercado imobiliário, e por sua vez o impacto que as alterações do mercado

¹³⁰ No seu Relatório de Estabilidade Financeira de junho de 2018, o Banco de Portugal revela que “o ajustamento dos setores residentes tem ocorrido num contexto macroeconómico e financeiro particularmente favorável. A crescer a esta envolvente, os desenvolvimentos no mercado imobiliário, nomeadamente os relacionados com a procura por parte de não residentes e os associados ao crescimento do turismo, têm tido impacto na dinâmica dos preços neste mercado. O crescimento dos preços no segmento residencial tem sido particularmente forte. Na segunda metade de 2017 começaram a surgir alguns sinais, embora muito limitados, de sobrevalorização dos preços neste segmento.

Após uma queda acentuada dos preços do imobiliário comercial no período entre 2007 e 2013, estes apresentam sinais de alguma recuperação, mas de forma mais contida do que no segmento residencial. Em 2017, 80% do investimento no mercado imobiliário comercial português foi efetuado por não residentes, maioritariamente fundos.

(...) Não existe evidência de que o crédito bancário esteja a ser o determinante primordial do aumento dos preços no mercado residencial em Portugal”, sendo que “o forte crescimento dos preços do imobiliário residencial e, em menor grau, do comercial, tem sido impulsionado pelo turismo e pelo investimento direto por não residentes, podendo a sua inversão reverter esta dinâmica”.

¹³¹ Disponível em:

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/ref_06_2018_pt.pdf.

imobiliário poderão ter no setor financeiro caso se venha a confirmar o aumento do incumprimento e a subsequente baixa dos preços no mercado imobiliário.

Note-se que, também do lado das instituições bancárias, se procurou mitigar o risco, através de diplomas como o **Aviso n.º 4/2017** ou como a **Instrução n.º 3/2018** do Banco de Portugal, que estabeleceram procedimentos e critérios para a avaliação da solvabilidade dos consumidores pelas entidades concessionárias de crédito. Os critérios foram ficando mais apertados, de modo a acautelar o risco de crédito (e a minimizar a eventualidade de uma crise sistémica em caso de um aumento do número de incumprimentos).

O risco associado à compra de um imóvel garantido por hipoteca existe, pois, não apenas na esfera dos mutuários (que incorre no risco de, em caso de incumprimento, ficar sem o imóvel mas também com a responsabilidade de satisfazer o remanescente da dívida após a venda do imóvel), mas também na instituição de crédito mutuante e, inclusive, no próprio setor financeiro (atendendo à importância transversal do crédito à habitação no negócio bancário e ao inerente risco de contágio entre instituições financeiras).

Também por esse motivo, o Banco de Portugal publicou, em fevereiro de 2018, uma recomendação¹³² que se aplica aos contratos celebrados a partir de 1 de julho de 2018, e que promove a aplicação de medidas macroprudenciais aos novos créditos à habitação e ao consumo.

A recomendação introduz limites a alguns dos critérios a que o mutuante deve atender na aferição da solvabilidade do mutuário aquando da concessão de contratos de crédito à habitação, contratos de crédito com garantia hipotecária ou equivalente e contratos de crédito ao consumo. A recomendação baseia-se no

¹³² A Recomendação do Banco de Portugal no âmbito dos novos contratos de crédito celebrados com consumidores encontra-se disponível em:

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/recomendacao_contratoscredito.pdf.

princípio do “cumprimento ou explicação”¹³³ e pretende reforçar a avaliação da capacidade creditícia dos mutuários por parte das instituições de crédito (de modo a aumentar a resiliência do sistema financeiro). Estabelecem-se (i) limites ao rácio entre o montante do empréstimo e o valor do imóvel dado em garantia (rácio designado LTV - *loan-to-value*) de 90% para créditos para habitação própria e permanente; de 80% para créditos com outras finalidades que não habitação própria e permanente; de 100% para créditos para aquisição de imóveis detidos pelas instituições e para contratos de locação financeira imobiliária; (ii) limites de 50% ao rácio entre o montante da prestação mensal calculada com todos os empréstimos do mutuário e o seu rendimento (rácio DSTI - *debt service-to-income*) com exceções [até 20% do montante total de créditos concedidos por cada instituição abrangidos pela presente medida, em cada ano, pode ser concedido a mutuários com DSTI até 60%; e até 5% do montante total de créditos concedidos por cada instituição abrangidos pela presente medida, em cada ano, pode ultrapassar os limites previstos ao DSTI]; (iii) limites à maturidade original dos empréstimos (de 40 anos nos novos contratos de crédito à habitação e crédito com garantia hipotecária ou equivalente, e convergência gradual para uma maturidade média de 30 anos até final de 2022; e de 10 anos à maturidade nos novos contratos de crédito ao consumo).

Assim, é perceptível que os critérios para a concessão de crédito têm apertado, de modo a proteger as instituições bancárias e a aumentar a capacidade de absorção de eventuais choques por parte do próprio sistema financeiro.

¹³³ *Comply or explain* é um princípio segundo o qual o destinatário da recomendação pode não cumpri-la, desde que apresente uma justificação para o incumprimento e demonstre que a conduta alternativa está em conformidade com as boas práticas de *governance* e/ou com o princípio que subjaz à recomendação.

5.1.2. *O risco que impende sobre os mutuários*

Em Portugal, à imagem do que sucede um pouco por toda a Europa, “a depreciação do imóvel corre por conta do comprador” (recuperando a terminologia utilizada no *supra* citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.10.2012, no contexto da aplicação do art. 796.º n.º1 do CC): com o sistema atualmente em vigor, na primeira linha, será efetivamente o mutuário a suportar os efeitos da desvalorização do imóvel (sobretudo se entrar em incumprimento numa altura de desvalorização do mercado imobiliário, em que é elevada a probabilidade de o produto da venda executiva do imóvel não satisfazer o montante total em dívida).

De resto, a regra é a do *res perit domino*, em que o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa corre por conta daquele que for o seu proprietário no momento do evento. Por outras palavras, o risco de depreciação do imóvel que é objeto do crédito hipotecário transfere-se do anterior proprietário para o novo (o mutuário)¹³⁴, não havendo assim qualquer envolvimento da instituição de crédito, que fica de fora do esquema da transferência do risco associado ao imóvel.

Como tal, em Portugal, o risco de incumprimento (e as suas consequências) corre, em primeira mão, inteiramente por conta do adquirente do imóvel: o mesmo terá então de entregar o imóvel e, no caso de a venda do mesmo não preencher o valor do mútuo, ainda terá de pagar o valor remanescente da dívida (sendo que, se não tiver condições de pagar esse montante em falta, poderá ter de recorrer, em última instância, à insolvência pessoal). Importa não esquecer, ainda assim, que o facto de o risco correr por conta do mutuário também significa que as vantagens derivadas das mais-valias realizadas em caso de uma venda lucrativa do imóvel também são exclusivas do mutuário (sendo que os benefícios do mutuante ficam circunscritos ao recebimento dos juros contratualizados).

¹³⁴ Sobre o risco nos contratos reais de alienação, vide LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II - Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 4ª ed., Almedina, 2006, p. 125 a 127.

Contudo, existem outras manifestações da incontornável proteção do setor bancário face aos seus potenciais clientes (proteção essa que pode encontrar justificação e uma relativa legitimação na necessidade da sustentabilidade e solidez do setor financeiro).

Cabe relembrar, por exemplo, a grande margem de discricionariedade de que gozam os bancos (por exemplo, na fixação das taxas de juros bancárias). Devido a esse enorme espaço de manobra concedido aos bancos _ o qual é muitas vezes acompanhado de uma grande obscuridade no respeitante às informações sobre produtos financeiros prestados aos consumidores _, muitas vezes se estabelece o lugar-comum de os bancos tenderem a ser leoninos nos contratos bancários.

Com efeito, uma das manifestações mais notórias dessa discricionariedade é a inaplicabilidade dos limites previstos no artigo 1146.º do Código Civil (relativamente aos juros usurários) nas situações em que o mutuante seja uma instituição de crédito (sendo essa inaplicabilidade pacífica na jurisprudência nacional), não existindo assim um teto máximo que constitua um valor automaticamente aplicável caso a taxa de juro estipulada exceda o mesmo. De resto, até à recente obrigatoriedade de os bancos refletirem as taxas de juro negativas nas prestações do crédito à habitação, entendia-se que o risco de variação da taxa de juro corria exclusivamente por conta do mutuário.

5.2. *As medidas de diminuição do risco*

Nas normas de regulação bancária tem-se procurado proceder à proteção dos consumidores mas também dos próprios mutuantes, atendendo à inevitável assimetria de informação existente nesta relação entre as instituições de crédito e os mutuários. Se, por um lado, os deveres de informação por parte das entidades bancárias são cada vez mais prolíferos, por outro lado têm sido acompanhados por igual exigência ao nível das informações prestadas pelos mutuários. Com efeito, a

existência de informação assimétrica (que se traduz no facto de mutuários e mutuantes terem, à cabeça, pouca informação uns sobre os outros) acarreta consigo problemas de seleção adversa e de *moral hazard*¹³⁵.

A importância atribuída aos deveres de informação (e o enfoque nas assimetrias de informação entre consumidores e instituições) encontra-se em diplomas como o **Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro** ou no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho [que por sua vez estabelece que todas as informações prestadas aos consumidores de contratos de crédito à habitação são efetuadas a título gratuito (art. 7.º), devendo a informação prestada pelo mutuante ser completa, verdadeira, atualizada, clara, objetiva e adequada aos conhecimentos do consumidor individualmente considerado (art. 8.º)].

Por outro lado, a necessidade de diminuição das assimetrias de informação foi acompanhada por um número significativo de medidas de proteção ao consumidor (conforme vimos detalhadamente no **Ponto 2.3.1**, com diversos mecanismos de proteção aos mutuários em maiores dificuldades económicas).

No entanto, as medidas de proteção ao mutuário não são tão profundas no caso do crédito à habitação quanto poderiam ser caso este crédito de escopo não fosse excluído do âmbito de aplicação do DL 133/2009, de 02 de junho (última versão após o DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho).

É verdade que não podemos deixar de sublinhar, por um lado, a nuance inserida pelo DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho, que introduziu uma novidade relevante com a inclusão do n.º5 no artigo 2.º [“Não obstante o disposto na al. c) do n.º 1, o

¹³⁵ Margarida ABREU *et al.* explicam que se trata de um problema de seleção adversa (*adverse selection*) quando o problema resultante da informação assimétrica ocorre antes da operação financeira (tratando-se de uma insuficiência de informação sobre os potenciais mutuários eu leva a uma má seleção dos projetos a financiar; por outro lado, tratar-se-á de um problema de risco moral (ou *moral hazard*) se o problema ocorrer depois da transação financeira; ou seja, o risco moral traduz o risco de o agente que contrai um empréstimo alterar o destino dos fundos já depois do montante mutuado ter sido concedido (*in Economia Monetária e Financeira*, 2ª ed., Escolar Editora, 2012, p. 16).

presente decreto-lei aplica-se aos contratos de crédito sem garantia hipotecária ou outro direito sobre coisa imóvel, cuja finalidade seja a realização de obras em imóveis e com um montante total de crédito superior a (euro) 75 000”] e, por outro lado, o preâmbulo do DL n.º 74-A/2017, onde se refere que “por uma questão de coerência, e sempre que possível, utilizam-se [na concessão de crédito garantido por hipoteca ou outro direito sobre imóveis] os conceitos-chave da legislação aplicável ao crédito aos consumidores, que consta do já referido Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho”.

No entanto, a verdade é que os contratos de crédito com garantia hipotecária cujo montante de crédito seja superior a 75.000,00€ se mantêm fora do âmbito do Decreto-Lei n.º 133/2009, sendo uma opção legislativa que nos merece crítica por deixar os consumidores desprotegidos em relação a um dos contratos com maior relevância social: e assim se percebe que ainda são tímidas as medidas verdadeiramente estruturais para minimização do risco do mutuário.

Terminamos, contudo, com aquela que foi uma medida positiva para os mutuários: a obrigatoriedade de os bancos refletirem, no crédito à habitação, as descidas da taxa de juro Euribor para valores negativos (devendo o valor negativo apurado ser deduzido ao capital em dívida na prestação vincenda) constituiu um sinal importante por parte do regulador, no sentido de não poder haver uma absoluta discricionariedade dos bancos e de a supervisão estar atenta aos excessos (por ação ou, neste caso, por omissão) praticados pelas instituições de crédito¹³⁶.

¹³⁶ Remetemos novamente para CARVALHO, João Santos, *A (Hipotética) Remuneração do Mutuário - Efeitos das Taxas de Juro de Referência Negativas em Contratos de Crédito Bancário*, Almedina, 2018, para maior desenvolvimento sobre a variação negativa de indexantes no ordenamento jurídico português.

6. Conclusões

Conforme explanado no **Ponto 2.1**, muitas famílias portuguesas exercem o seu direito social à habitação através da habitação própria.

Ainda que o direito à habitação, tal como consagrado no artigo 65.º da Constituição da República Portuguesa não implique um direito à propriedade, a verdade é que, nos termos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “cumpre ao Estado garantir os meios que facilitem o acesso à habitação própria (fornecimento de terrenos urbanizados, crédito acessível à generalidade das pessoas, direito de preferência na aquisição da casa arrendada, etc.)”¹³⁷.

Imbuídos desta ideologia, os sucessivos governos desenvolveram em Portugal políticas habitacionais baseadas no apoio à aquisição de habitação própria, também de forma a ajudar a resolver o problema da habitação social que assolava o país desde há décadas¹³⁸.

E não é possível negligenciar o papel social que o acesso ao crédito desempenhou junto das famílias portuguesas. Ensinam aqueles Autores: “Admite-se também que, embora o crédito possa ser um fator gerador de exclusão social, tem igualmente o efeito contrário. O crédito permite resolver o problema da habitação de muitas famílias e o do acesso a outros bens de consumo que, na maioria dos casos, nada têm de supérfluo. São antes indicadores de qualidade de vida e mesmo bens indispensáveis ao bem-estar mínimo das famílias (por exemplo, máquina de lavar roupa ou louça, automóvel, televisão e mesmo algumas despesas relacionadas com as férias ou outros bens culturais). Visto nesta

¹³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 836.

¹³⁸ Para maior desenvolvimento do combate ao problema habitacional, vide MATIAS, Miguel Neves, *O crédito à habitação em Portugal*, Vida Económica, 2002, p. 47, e MARQUES, Maria Leitão / FRADE, Catarina, *O endividamento...*, cit.

perspetiva, o efeito do crédito a particulares em situação económica normal é mais de integração social do que de exclusão.”¹³⁹

De resto, foram desenvolvidos importantes mecanismos de proteção dos mutuários (como, por exemplo, a criação do Regime Extraordinário de Proteção aos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil), ainda que, salvo melhor opinião, continuem a faltar medidas que se foquem mais na satisfação das necessidades de segurança jurídica e de tutela da legítima expectativa dos mutuários, sobretudo no âmbito da entrega da casa em caso de incumprimento no crédito à habitação.

Com efeito, a partir do momento em que o imóvel é avaliado por um perito independente (nos termos do art. 18.º do DL n.º 74-A/2017) e que o seu preço é desta forma validado pela instituição bancária, forma-se inevitavelmente uma legítima expectativa do mutuário de estar a realizar um contrato justo. É por isso desproporcional que, tratando-se o crédito à habitação, na prática, de um negócio que configura um investimento para ambas as partes (tanto para o banco, que empresta o seu dinheiro e obtém a sua remuneração por via dos juros, como para o mutuário, que, através deste mútuo de escopo, fica em condições de adquirir o imóvel), apenas uma parte fique totalmente exposta ao risco de mercado e à imprevisibilidade das flutuações dos preços no imobiliário. Até porque o mutuário médio poderá não se comportar como um investidor à procura de rentabilizar o seu investimento imobiliário mas sim como um consumidor que pretende sobretudo garantir um lar estável e duradouro.

A repartição do risco de incumprimento no crédito à habitação mantém-se iníqua no aspeto em que apenas em caso de insolvência pessoal do devedor poderá a instituição de crédito incorrer em perdas (tendo assim o mutuário que perder “tudo” para que o mutuante perca parte do seu investimento). A forma como é considerado o risco (tal como previsto no art.º 796.º n.º 1 do CC e como tem sido

¹³⁹ MARQUES, Maria Leitão / FRADE, Catarina, *O endividamento, cit.*, p. 16.

interpretado pela jurisprudência _ no sentido de o risco de depreciação do imóvel dever correr exclusivamente por conta do mutuário adquirente¹⁴⁰) não parece ajustar-se minimamente à realidade que subjaz a um contrato de crédito à habitação, sobretudo atendendo à evidente superioridade negocial do banco aquando da celebração do contrato e da própria avaliação do imóvel.

Não podemos, contudo, ignorar o (excessivo) peso relativo que os ativos imobiliários têm nos balanços das instituições bancárias, factualidade que espelha a exposição, senão mesmo a vulnerabilidade, que o setor bancário tem perante o mercado imobiliário, e o risco que corre ao conceder crédito à habitação. A crise do *subprime* foi um exemplo extremo dos efeitos devastadores que uma tal exposição pode ter, sobretudo quando a regulação e supervisão são disfuncionais ou inexistentes e quando as próprias instituições não têm uma política rigorosa de *Governance, Risk Management and Compliance [GRC]*¹⁴¹.

Não foram por isso surpreendentes medidas como o Aviso n.º 4/2017, a Instrução n.º 3/2018 ou a Recomendação de fevereiro de 2018 do Banco de Portugal, que introduziram exigentes critérios de aferição da solvabilidade do mutuário, como forma de proteger o setor financeiro de uma excessiva exposição ao risco de crédito _ o que não pode deixar de se aceitar.

O problema recorrente, no âmbito do crédito à habitação, prende-se antes com a falta de previsibilidade do mercado imobiliário e com a ausência de uma efetiva tutela da confiança. Demais a mais, cumpre questionar alguns dos privilégios concedidos ao setor bancário, como a inexistência de qualquer limite aos juros remuneratórios (com fundamento no aviso n.º 3/93 do Banco de Portugal). Entendemos que, também no contexto do crédito à habitação, se devem aplicar os limites dos artigos 559.º, 559º-A e 1146.º do CC, na senda do

¹⁴⁰ Cfr. o supra mencionado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-10-2012, que refere que “a regra é da transferência do risco com a entrega da coisa (art. 796/1 do CC) pelo que a depreciação do imóvel corre por conta do comprador a quem o mesmo foi entregue”.

¹⁴¹ Não podemos deixar de lembrar o despedimento da Chief Risk Officer do Lehman Brothers, Madelyn Antoncic (profissional de créditos firmados) quando procurou alertar a administração para os riscos reais dos investimentos realizados.

entendimento de PAIS DE VASCONCELOS relativamente ao regime geral aplicável a contratos de crédito aos consumidores (Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho), *supra* vertido no **Ponto 3.3.1**.

Por outro lado, e ainda que a jurisprudência seja unânime em considerar que os bancos podem estipular com os seus clientes os juros remuneratórios que entenderem, já não parece de todo aceitável que, em caso de incumprimento de um crédito à habitação (com a entrega do imóvel por parte do devedor), o mutuário possa ter de pagar uma cláusula penal indemnizatória através da qual o interesse contratual positivo da instituição de crédito seja acautelado. Não acompanhamos, de resto, a opção legislativa de não se estabelecer uma limitação às eventuais cláusulas penais indemnizatórias convencionadas entre mutuantes e mutuários, aplicáveis em caso de incumprimento definitivo (não obstante haver sempre a possibilidade de, casuisticamente, o julgador considerar que a cláusula penal é desproporcionada atendendo às circunstâncias do caso em concreto).

Não se pode perder de vista a dimensão social do problema no incumprimento do crédito à habitação. E se é um facto que as pessoas se endividam porque assim o desejam, não é menos verdade que tal lhes é facilmente permitido, lembrando-se o forte aliciamento ao crédito ao consumo e ao crédito à habitação, independentemente da maior ou menor consciência do risco de incumprimento futuro.

Por esse motivo, em Espanha, começou a colocar-se em causa o regime que permitia ao credor recuperar um valor superior ao produto da venda do bem hipotecado, sob pena de a instituição de crédito incorrer em abuso de poder. Já em Portugal, tivemos a decisão já referida do Tribunal de Portalegre de 04.01.2012: e, na sua essência, tendemos a concordar com esta decisão (independentemente da

fundamentação deficiente da sentença) _ subscrevendo a posição defendida por Menezes LEITÃO quanto ao teor da decisão¹⁴².

Em todo o caso, salvo melhor opinião, ainda que se sufrague a justeza do prosseguimento da ação executiva após a entrega da casa para satisfação da dívida remanescente, será sempre desproporcional e desrazoável o pagamento de uma indemnização que salvguarde o interesse contratual positivo da instituição de crédito, pois tal corresponderia a uma total ausência de risco por parte do banco. Com efeito, o risco terá sempre de ser, de alguma forma, partilhado entre o mutuário (que está disponível para correr um risco de modo a obter habitação própria) e o mutuante (que está disponível para correr um risco _ como corre sempre que efetua um investimento _ na expectativa de obter lucro com os juros).

Por tudo o que ficou exposto, existe atualmente um quadro legal no âmbito do crédito à habitação que permite, por um lado, a possibilidade de decisões judiciais na senda do Tribunal de Portalegre (em que os tribunais podem considerar que a mera entrega da casa basta para que fique saldada a dívida ao banco); mas esse mesmo enquadramento legal permite, por outro lado, uma interpretação no sentido de que os juros remuneratórios vincendos possam pagos mesmo após a entrega da casa em caso de antecipação de vencimento (bastando, para tal, uma habilidosa elaboração das Condições Gerais do contrato de crédito à habitação, que contorne os efeitos do art. 781.º/CC e que permita uma interpretação favorável em caso de litígio judicial).

Deste modo, apenas regras mais claras e objetivas poderão salvaguardar a tutela da confiança do mutuário no âmbito do crédito à habitação (que se encontra certamente em posição de desvantagem face ao mutuante, atendendo ao panorama legislativo e jurisprudencial atual).

¹⁴² LEITÃO, Luís Menezes, O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação, in *Julgar*, n.º 25 – Janeiro/Abril 2015, Coimbra Editora, p. 49 a 63.

7. Proposta para diminuição do risco no crédito à habitação

O maior problema que vislumbramos no atual regime do crédito à habitação prende-se com a ausência de uma efetiva tutela da confiança: o mutuário poderá ver-se, por força não só das circunstâncias da sua vida pessoal mas também da imprevisibilidade do setor imobiliário, numa situação de incumprimento que lhe poderá causar um encargo vitalício mesmo após a entrega da casa. Tal possibilidade colide frontalmente com a legítima expectativa que tinha sobre a justeza do valor do imóvel aquando da sua avaliação no momento da celebração do contrato de mútuo.

Acima de tudo, atualmente, o mutuário não tem outra escolha que não aceitar as regras estabelecidas e suportar todo o risco de incumprimento (e isto ainda que não compre a casa numa lógica de investimento de curto prazo, com vista à obtenção de mais-valias numa venda futura). Ora, é justamente no sentido de proporcionar uma escolha ao mutuário que vai a nossa proposta.

Relembramos que ao DL 349/98, de 11 de novembro, foi aditado, pela Lei n.º 59/2012, de 9 novembro, o relevante artigo 23.º-A (Regime especial de garantias do empréstimo), que estatui que:

“1 - A instituição de crédito mutuante e o mutuário podem, por acordo, sujeitar o empréstimo às seguintes regras especiais:

a) Em reforço da garantia de hipoteca da habitação adquirida, construída ou objeto das obras financiadas, incluindo o terreno, apenas pode ser constituído seguro de vida do mutuário e cônjuge e seguro sobre o imóvel;

b) A venda executiva ou dação em cumprimento na sequência de incumprimento do empréstimo pelo mutuário exonera integralmente o mutuário e extingue as respetivas obrigações no âmbito do contrato de empréstimo, independentemente do produto da venda executiva ou do valor atribuído ao imóvel para efeitos da dação em cumprimento ou negócio alternativo.

2 - Na negociação de qualquer contrato de crédito à habitação a instituição de crédito mutante deve informar o mutuário da existência deste regime especial e respetivas regras” [destaques nossos].

No contexto do crédito à habitação (nomeadamente, dos empréstimos concedidos no âmbito do crédito à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou de arrendamento ou à aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente), esta norma vem abrir a possibilidade de a venda executiva ou a dação em cumprimento (no sentido de *datio pro solutum*) extinguirem as obrigações inerentes ao mútuo, independentemente do valor atribuído pelo mercado ao imóvel.

Contudo, a verdade é que esta solução legislativa se tem revelado manifestamente insuficiente para ter um impacto real na concessão de crédito imobiliário: as instituições de crédito não têm revelado um apetite aguçado por celebrar contratos de crédito à habitação com recurso às cláusulas previstas no art. 23.º-A do DL n.º 349/98 (alterado pela Lei n.º 59/2012)¹⁴³.

Nestas cláusulas hipotéticas que os bancos poderiam apresentar aos mutuários, a dação em cumprimento teria o benefício de a instituição de crédito não ver o imóvel desvalorizado por contraposição ao que acontece em caso de venda executiva (onde a venda normalmente se concretize por um montante inferior ao valor real de mercado do imóvel); no entanto, a realidade é que os bancos não têm um incentivo bastante para voluntariamente proporem a solução da dação em cumprimento (*pro solutum*) aos mutuários _ desde logo, por não haver um interesse da Banca em ter imóveis “estagnados” no lado do ativo (até

¹⁴³ Corroboramos a posição de MENEZES LEITÃO quando defende, relativamente à legislação em vigor no âmbito do crédito à habitação que “A intervenção legislativa nesta área, pese embora a sua preocupação com a tutela dos mutuários, foi reconhecidamente tímida. Apesar da mesma, os bancos continuaram a exigir o remanescente do empréstimo após a devolução do imóvel, se o valor da venda não for suficiente para o pagar. Neste caso, a lei limita-se a prever um regime em que essa situação não ocorre, mas a verdade é que nada obriga os bancos a celebrar esse regime, e efetivamente não o têm feito. Precisamente por isso é de salientar que foi muito mais decisiva a intervenção jurisprudencial que levou à proteção dos mutuários para além do que a lei expressamente prevê e que constitui um caso interessante de criação jurisprudencial do direito. Se a mesma tivesse prosseguido, como alguns receavam, é muito provável que pudesse acontecer tanto em Portugal e Espanha uma situação parecida com a que se verifica nalguns Estados americanos de a *law in action* consagrar um sistema de não recurso, enquanto que a *law in books* se mantém num sistema de recurso.” (in O impacto da crise financeira... cit., p. 63).

porque, reconhecidamente, os bancos nacionais possuem demasiados ativos imobiliários nos seus balanços).

Como tal, é de equacionar uma solução que reforce o alcance pretendido com esta norma, através da introdução de uma nuance: em vez de a instituição de crédito poder, eventual e livremente, propor ao mutuário uma das cláusulas previstas no art. 23.º-A do DL n.º 349.º/98, deveria antes ser obrigatório dar-se ao mutuário a possibilidade de escolha relativamente à inclusão, ou não, de uma cláusula mitigadora do risco.

É claro que, atendendo à alteração do risco que uma medida deste tipo acarrearía (no sentido em que as instituições de crédito ficariam mais expostas ao risco de mercado e ao risco de crédito), teriam necessariamente que ser promovidos incentivos financeiros para os mutuantes. Não nos parece viável (nem tão-pouco recomendável) uma solução que passe exclusivamente pela transferência do risco dos consumidores para as instituições de crédito e uma desresponsabilização dos mutuários (até pelos problemas de risco moral ou *moral hazard* que poderiam ser suscitados): teria sim de existir uma devida contrapartida para o facto de se pôr em prática uma solução mais equitativa no respeitante ao risco de perdas em caso de incumprimento.

São variadas as possíveis formas de imposição da obrigatoriedade da medida ora proposta (tanto poderá ser por via legislativa como por instrumento de *soft law* pelo regulador) e são igualmente inúmeros os meios de operacionalizar a contrapartida de uma cláusula contratual deste tipo. A opção de dação em cumprimento (em caso de incumprimento) que seria oferecida ao mutuário poderia passar, por exemplo, por uma das seguintes contrapartidas: (i) uma majoração dos juros remuneratórios; (ii) um reforço do seguro de vida _ sendo que, nesta solução, o risco transferir-se-ia para a seguradora, o que por sua vez implicaria necessariamente uma coordenação com setor segurador; (iii) a possibilidade de o mutuante participar nas mais-valias resultantes da venda do imóvel caso o mutuário opte por fazê-lo durante a vigência do mútuo.

Certo é que tal obrigatoriedade permitiria a disponibilização ao mutuário de um leque de escolhas através do qual o mesmo poderia dar azo ao seu perfil de investidor.

No caso de o mutuário pretender a compra da casa para rentabilizá-la e obter mais-valias numa venda futura, certamente não teria interesse em abrir mão de mais dinheiro (pelo pagamento de mais juros ou de mais prémios de seguro), sendo expectável que este tipo de mutuário tivesse mais apetência pelo risco. Por outro lado, caso o comprador pretendesse uma compra de casa no sentido de um investimento de longo prazo (de compra de uma “casa para o resto da vida”, ou de uma “casa para deixar aos filhos”), o perfil seria provavelmente mais conservador, procurando, acima de tudo, reduzir ao mínimo os riscos associados ao incumprimento (que em última análise podem conduzir à situação de insolvência, com que já se deparam atualmente muitos agregados).

Note-se contudo que, em caso algum, uma medida deste tipo colidiria com as necessidades de reforço da avaliação da capacidade creditícia dos mutuários pelas instituições (tal como é promovido pela Recomendação do Banco de Portugal que se aplica a contratos celebrados a partir de 1 de julho de 2018) ou com a essencialidade de uma correta avaliação do valor de mercado justo do imóvel aquando da celebração do contrato de mútuo com hipoteca.

Trata-se, antes, de uma medida que possibilitaria ao mutuário escolher uma solução mitigadora do seu próprio risco na celebração de um contrato de crédito à habitação, não obstante a possibilidade de poder optar pela não inclusão de uma cláusula que garantiria a dação *pro solutum* em caso de incumprimento, na esperança de maximizar o seu lucro numa futura venda do imóvel.

Índice bibliográfico

- ABREU, Margarida, *et al.*, *Economia Monetária e Financeira*, 2ª ed., Escolar Editora, 2012
- ADMATI, Anat / HELLWIG, Martin, *Os Banqueiros vão nus*, Gradiva, 2015
- ANTUNES, José Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 5º Reimpressão, Almedina, 2017
- BERTRAM, Rob, *A Brief Guide to Financial Derivatives*, 2nd ed., Division of Corporation Finance, Pennsylvania Securities Commission, February 1995
- BRÁS CÂMARA, Carla, *A Aquisição da Propriedade do Bem Hipotecado Pelo Credor e a Questão da Satisfação (Integral ou Parcial) do Crédito*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- BUFFETT, Warren, *What worries me*, Fortune, 3 de março 2003, disponível em: <http://www.tilsonfunds.com/BuffettWorries.pdf>
- CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007
- CARVALHO, João Santos, *A (Hipotética) Remuneração do Mutuário - Efeitos das Taxas de Juro de Referência Negativas em Contratos de Crédito Bancário*, Almedina, 2018
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª ed., Almedina, 2016
- CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, 2002
- CALVÃO DA SILVA, João, *Titularização de créditos - Securitization, No coração da crise financeira global*, 3ª ed., Almedina, 2013.
- CARDÃO-PITO, Tiago / BAPTISTA, Diogo, *A Crise Bancária em Portugal*, Conjuntura Actual Editora, 2017
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 5ª ed., Almedina, 2014
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações, IX*, Almedina, 3.ª Edição, 2017
- DUARTE, Rui Pinto, *O Contrato de Locação Financeira - Uma síntese*, p. 45, disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rpd_ma_12952.pdf
- EL-ERIAN, Mohamed A., *A Única Solução - Bancos Centrais, Instabilidade, e Como Evitar o Próximo Colapso*, Publicações Dom Quixote, 2016
- FARINHA, Luísa / LACERDA, Ana, *Incumprimento no Crédito aos Particulares: Qual é o Papel do Perfil de Crédito dos Devedores*, Relatório de Estabilidade Financeira Novembro 2010 (p. 145 a 165), Banco de Portugal, disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/papers/ar201005_p.pdf.
- FARRAJOTA, Joana, *Os Efeitos da Resolução Infundada por Incumprimento do Contrato*, Tese de Doutoramento, Universidade Nova de Lisboa, 2013
- GALVÃO TELLES, Inocência, *Das Obrigações*, 7ª ed., Almedina, 2010

O Incumprimento no Crédito à Habitação e a Diminuição do Risco na Entrega da Casa

GOMES, Januário Costa Gomes, A Esfera de bens impenhoráveis e o status do devedor. Breves Notas, in *Estudos em Homenagem ao Professor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. II*, Universidade Católica, 2011

GONZÁLEZ, Altina de Fátima Sebastián / PASCUAL, Joaquín López, *Economia e Gestão Bancária*, Universidade Católica Editora, 2015

LEBRE DE FREITAS, José, *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6ª ed., Coimbra Editora, 2014

LEITÃO, Luís Menezes, As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Abril - Junho 2011, p. 423 a 445, disponível no site da Ordem dos Advogados em <http://www.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II - Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 4ª ed., Almedina, 2006

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, Volume III - Contratos em Especial*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2018

LEITÃO, Luís Menezes, *Garantia das Obrigações*, 2ª ed., Almedina, 2008

LEITÃO, Luís Menezes, O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação, in *Julgar*, n.º 25 – Janeiro/Abril 2015, Coimbra Editora, p. 49 a 63

MAGALHÃES, A Evolução do Direito Prudencial Bancário no Pós-Crise: Basileia III e CRD IV, in CÂMARA, Paulo, *et. al.*, *O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012

LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva, Juros Usurários no Crédito ao Consumo, in *Revista de Estudos Politécnicos, Volume V*, n.º 8, 2007, p. 265 a 280

MARQUES, Maria Leitão / FRADE, Catarina, *O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais*, Impactum Coimbra University Press, 2000 (disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/25251/1/NE14_artigo2.pdf?ln=pt-pt)

MATIAS, Miguel Neves, *O crédito à habitação em Portugal*, Vida Económica, 2002

MENÈRES CAMPOS, Isabel, *O Justiceiro: o estranho caso do Juiz Legislador*, in *Ipsa Jure* n° 36

MONTEIRO, Joana Pinto, O desenvolvimento recente da supervisão bancária comportamental, in CÂMARA, Paulo, *et. al.*, *O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012

MOTA PINTO, Paulo, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, Volume II*, Coimbra Editora, 2008

MOTA PINTO, Paulo, Sobre a Proibição do Comportamento Contraditório (Venire Contra Factum Proprium) no Direito Civil, *BFDUC, Volume Comemorativo (2003)*, p. 302 a 305

PINHEIRO, Luís Vasco Lourenço / FERREIRA, Miguel A., *How Do Banks Manage Interest Rate Risk? Hedge or Bet?*

PINHEIRO, Luís Vasco Lourenço / FERREIRA, Miguel A., *Identifying the Characteristics of Banks Proprietary Trading*,

RAPOSO, João Vasconcelos, *Crédito Hipotecário, Incumprimento e Execução no Contexto da Crise Financeira - a “Dação Potestativa” como Solução?*, Almedina, 2016

RENUART, Elizabeth, *Property Title Trouble in Non-Judicial Foreclosure States: The Ibanez Time Bomb?*, Albany Law School, disponível em <http://chasechase.org/doxcc/IbanezTimeBomb.pdf>

ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2005

SCHNEIDER, Martin / TORNELL, Aaron, *Balance Sheet Effects, Bailout Guarantees and Financial Crises*, *Review of Economic Studies*, 2004

TROCADO, Sofia Thibaut, *A Nova Estrutura Europeia de Supervisão Bancária, em Especial a Autoridade Bancária Europeia*, in CÂMARA, Paulo, *et. al.*, *O Novo Direito Bancário*, Almedina, 2012

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, 2008

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito Bancário*, Almedina, 2018

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed., Almedina, 2009

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, 2ª ed., Almedina, 2017

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo - Limites Legais*, Centro de Estudos Judiciários, disponível em:

https://static1.squarespace.com/static/563487a1e4b01aa792817ed1/t/5635fa70e4b0507883420648/1446378096052/149_PDFsam_Direito_Bancario_CEJ.pdf

WILLIAMS, Mark, *Uncontrolled Risk - The Lesson of Lehman Brothers and How Systemic Risk Can Still Bring Down The World Financial System*, McGraw-Hill, 2010

Índice de Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de maio de 2007 (processo 07B746, relator Pereira da Silva), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/80c4f9c17007a24f802572de003e650c?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de abril de 2008 (processo 08A744, relator João Camilo), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54e8fe8d07db8fef80257433004f62f2?OpenDocument>

O Incumprimento no Crédito à Habitação e a Diminuição do Risco na Entrega da Casa

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de fevereiro de 2009 (processo 08B4052, relator João Bernardo), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/07fb864d462872b1802575600037be44?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2009 (processo 08A1992, relator Cardoso de Albuquerque), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/746f99ffe9647bc2802575a500484338?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de outubro de 2010 (processo 1285/07.7TJVNF.P1.S1, relator Barreto Nunes), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37180c4a4554378280257823003f25a6?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2013 (processo 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, relator Nuno Cameira), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20092f953c21dc0380257c22003a505a?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de fevereiro de 2018 (processo 7461/11.0TBCSC.L1.S1, relator Tomé Gomes), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b2ca66d6c1d5b3280258236005d8d14?OpenDocument>

Tribunais da Relação

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.11.2001 (processo 4397, relator Abrantes Geraldes), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1570a7d0bc12bf8c80256b98003ad66c?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.09.2011 (processo 213526/10.6YIPRT.C1, relator Artur Dias), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a4b82448198341558025791700533053?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29.02.2012 (processo 1324/09.7TBMGR.C1, relator Barateiro Martins), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/JTRC.NSF/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1cd3d4eebb1f678c802579c10057a825?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.10.2012 (processo 1417/08.8TCSNT.L1-2, relator Pedro Martins), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/09fb0e5be6139ee380257aa30035c61d?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04 de julho de 2013 (processo 1916/12.7TBPDL.L1-2, relator Ezagüy Martins), disponível em:

O Incumprimento no Crédito à Habitação e a Diminuição do Risco na Entrega da Casa

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d5ab1c925fdf6d8d80257ba90054c022?OpenDocument>

Acórdão da Relação do Porto, de 14 de novembro de 2017 (processo 474/15.5T8ESP.P1, relatora Ana Lucinda Cabral), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b73b9cc1bba828b6802581f3004a3352?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Évora, de 05 de fevereiro de 2014 (processo 722/12.3TBBJA-A.E1, relator Acácio Neves), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/aacd32812e0c85e680257de10056feac?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de novembro de 2015, Processo n.º 1060/15.5T8PVZ.P1, relator Fernando Simões, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1d39353c1179118c80257f1f00536269?OpenDocument&Highlight=0,1916%2F12.7TBPDL.L1-2>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08 de junho de 2017, processo n.º 577/13.0TJVNF-A.G1, relatora Alexandra Rolim Mendes, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d7b16ed27f7e619680258192003b846f?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de junho de 2017, Processo n.º 71/15.5T8MFR.L1-2, relator Jorge Leal, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/85d05ae52555ce728025814e004eeb17?OpenDocument&Highlight=0,1916%2F12.7TBPDL.L1-2>

Tribunais Judiciais

Sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 04.01.2012, disponível em:

http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre_creditohipotecario.pdf

Tribunais Estrangeiros

Juzgado de Primeira Instancia de 13 de novembro de 2009 e Instrucción n.º 2 de Estella/Lizarra, disponível em: <https://afectadosporlahipoteka.files.wordpress.com/2011/01/autoapnavarra17-12-2010ejecucic3b3nhipotecaria.pdf>.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Arenys de Mar, de 22 de fevereiro de 2012, disponível em: <http://observatoridesc.org/sites/default/files/Auto-Arenys-de-Mar.pdf>.

Informações Online

Banco de Portugal: Boletim Estatístico n.º 7, 2018, disponível em:

<https://www.bportugal.pt/publicacao/boletim-estatistico>

Banco de Portugal: *Central de Responsabilidades de Crédito*, Caderno n.º 5 do Banco de Portugal, disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/5_central_responsabilidades_de_credito.pdf

Banco de Portugal: Recomendação no âmbito dos novos contratos de crédito celebrados com consumidores encontra-se disponível em

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/recomendacao_contratoscredito.pdf

Banco de Portugal: Relatório de Estabilidade Financeira de junho de 2018, disponível em:

https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/ref_06_2018_pt.pdf

Banco de Portugal: *Site online* com a explicação da União Bancária, disponível em:

<https://www.bportugal.pt/page/mecanismo-unico-de-supervisao?mlid=852>

Relatório de 25 de fevereiro de 2009, sob a presidência de Jacques de Larosière, disponível em:

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

Single Rulebook interativo, disponível no site do European Banking Authority em:

<https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>

Índice

1. Introdução	4
2. O crédito à habitação em Portugal: quadro legal e incumprimento	13
2.1. O crédito à habitação em Portugal	13
2.2. O contrato de crédito para aquisição ou construção de habitação própria garantido por hipoteca enquanto contrato de consumo	15
2.3. Legislação específica do crédito à habitação	19
2.3.1. <i>Legislação protetora dos mutuários</i>	<i>26</i>
2.4. A hipoteca, enquanto garantia especial de contratos de compra e venda com mútuo	32
2.5. A extinção da hipoteca	35
3. O incumprimento no crédito à habitação.....	36
3.1. A execução da hipoteca em caso de incumprimento.....	38
3.2. Incapacidade do devedor de fazer face ao remanescente da dívida exequenda	42
3.3. O Pagamento de juros em caso de incumprimento	44
3.3.1. <i>Os juros bancários e os juros no crédito à habitação</i>	<i>44</i>
3.3.2. <i>O pagamento de juros em caso de incumprimento - o acórdão uniformizador de jurisprudência de 2009 sobre o vencimento imediato das prestações</i>	<i>52</i>
3.3.3. <i>Comentário sobre a admissibilidade de uma cláusula penal indemnizatória em caso de incumprimento definitivo do contrato de crédito à habitação, à luz do interesse contratual (negativo e positivo)</i>	<i>57</i>
4. O prosseguimento da execução após a entrega da casa	65
4.1. A jurisprudência portuguesa	65
4.1.1. <i>Jurisprudência maioritária: o prosseguimento da execução após a entrega da casa</i>	<i>66</i>
4.1.2. <i>A sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 04.01.2012</i>	<i>69</i>
4.2. O caso espanhol.....	74
4.3. O caso norte-americano	76
5. O risco no crédito à habitação	78

5.1. A repartição do risco tal como existe atualmente no crédito à habitação em Portugal.....	78
5.1.1. O risco das instituições de crédito.....	78
5.1.2. O risco que impende sobre os mutuários.....	83
5.2. As medidas de diminuição do risco.....	84
6. Conclusões.....	87
7. Proposta para diminuição do risco no crédito à habitação.....	92