



Universidades Lusíada

Silva, Nuno Ricardo Pinto da

Importância do valor real do imóvel na extinção das obrigações do mutuário perante o art.º 816 n.º 2 CPC : importância e consequências

<http://hdl.handle.net/11067/1585>

Metadados

Data de Publicação	2015-07-24
Resumo	Assente na ideia de que o crédito poderá estar “garantido” pelo valor do imóvel, passou a estar na ordem do dia, nos noticiários e jornais, saber se deixando a mutuário de poder continuar a pagar o “empréstimo” ao banco ou simplesmente deixar de cumprir com as suas obrigações, poderá (ou não) a venda ou adjudicação judicial do imóvel por 85% do seu valor real, ao abrigo do art.º 816 n.º 2 CPC, extinguir a dívida do devedor quando o bem vale mais do que foi efetivamente alienado judicialmente e e...
Palavras Chave	Obrigações (Direito) - Portugal, Propriedade imobiliária - Avaliação - Portugal, Propriedade imobiliária - Portugal, Mercado imobiliário - Direito e legislação - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FAA] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:20:02Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**Importância do valor real do imóvel na extinção das obrigações do
mutuário perante o art.º 816 n.º 2 CPC:
importância e consequências**

Realizado por:

Nuno Ricardo Pinto da Silva

Orientado por:

Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente:

Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo

Orientador:

Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Arguente:

Prof. Doutor Pedro João Fialho da Costa Cordeiro

Dissertação aprovada em:

23 de Julho de 2015

Lisboa

2015



MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS

DISSERTAÇÃO

IMPORTANCIA DO VALOR REAL DO IMÓVEL NA
EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO MUTUÁRIO
PERANTE O ART.º 816 N.º2 CPC

Importância e consequências

Nuno Ricardo Pinto da Silva

11022510

Março 2015

Universidade Lusíada de Lisboa

Nuno Ricardo Pinto da Silva

11022510

Importância do valor real do imóvel na extinção das obrigações do mutuário perante o art.º 816
nº2 CPC: importância e consequências

Trabalho dissertação apresentado, na Faculdade de Direito
da Universidade Lusíada de Lisboa, sobre a Importância do
valor real do imóvel na extinção das obrigações do mutuário
perante o art.º 816 nº2 CPC: importância e consequências

Orientador: Prof. Doutor José Alberto González

Março 2015

Universidade Lusíada de Lisboa

Dedicatória

Dedico esta dissertação de mestrado ao meu ilustre pai que com sabedoria, apesar das dificuldades, apostou sempre na minha formação e em sua memória lhe digo que todas as metas alcançadas são em honra da sua vida.

Beijo Mestre Silva, a ti dedico este trabalho.

ÍNDICE

Índice	4
Resumo	7
Abreviaturas	8

PARTE I

CAPÍTULO I – OS FATOS	9
1. Introdução à problemática	9
2. Metodologia de abordagem ao problema	10
CAPÍTULO II - INTERPRETAÇÃO EM SENTIDO AMPLO	12
1. Considerações Gerais	12
2. Método Jurídico	15
2.1 Fases do método jurídico	15
2.2 Conhecimento da realidade material em conflito – os fatos	15
2.3 A interpretação em sentido amplo	16
2.3.1 Análise das fontes ou Interpretação em sentido estrito	17
2.3.1.1 Elementos da Interpretação	19
2.3.1.2 Resultados da Interpretação	25

PARTE II

TÍTULO I - INTERPRETAÇÃO DAS FONTES

CAPÍTULO I - JURISPRUDÊNCIA	32
1. Decisão do Tribunal de 1ª instância de Portalegre	32
2. Decisão do Tribunal da Relação de Évora	37
3. Decisão da Audiência provincial de Navarra	38
4. Decisão do Tribunal de Barcelona	39
CAPÍTULO II - CONTRATO DE MÚTUO	40
1. Contrato de Mútuo	40
1.1 Mutuo Comercial	42
1.2 Mútuo Bancário	43
1.2.1 Mútuo Bancário de Escopo	44
2. A existência do escopo limita a responsabilidade do mutuário a esse escopo.....	45
CAPÍTULO III – GARANTIA GERAL E ESPECIAL DAS OBRIGAÇÕES	47
1. Garantias Gerais das Obrigações	47

1.1 Património como Garantia Geral	47
1.1.1 Haverá situações em que o património do devedor não responde pelas dívidas	47
1.2 Património como Garantia Geral Comum	49
2. Garantias Especiais das Obrigações	51
2.1 Garantias Especiais Pessoais	52
2.2 Garantias Especiais Reais	53
2.2.1 A Hipoteca	54
2.2.2 Será a hipoteca limite ou medida na responsabilidade do mutuante no caso de incumprimento deste, ou seja, estará a responsabilidade do mutuário devedor limitada ao bem hipotecado e penhorado	56
CAPÍTULO IV – PROCESSOS DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES	58
1. Processos de extinção das obrigações não cumpridas	58
2. Penhora	59
2.1 Quanto à venda	60
2.2 Quanto à adjudicação	61
3. A alienação do imóvel, via extrajudicial ou judicial, extingue a obrigação do devedor? Em que medida	62
3.1 Na dação em cumprimento (extrajudicial)	62
3.2 No processo de execução judicial	64
CAPÍTULO V – AVALIAÇÃO DO IMÓVEL	66
1. Avaliação do imóvel: Valor real do imóvel versus o valor apurado	66
1.1 A compra pelo banco será um risco relevante	66
1.2 Como é aferido o valor do bem no momento da execução	68
2. Aceitação e oposição à avaliação do imóvel	70
2.1 Aceitação do valor da avaliação da imóvel feita pelo Agente de Execução ..	70
2.2 Oposição à avaliação feita	70
CAPÍTULO VI – REGRA DO ART.º 816 N.º2 CPC	72
1. Fundamento da existência do limite de 85% do valor base de licitação constante da norma do art.º 816 n.º2 CPC	72
1.1 Ato Abusivos e dos Atos Ilícitos	76
1.2 Que direitos estão em causa	80
1.3 Nível ou objeto das consequências	81
2. Que tipo de interpretação se deve fazer da norma do art.º 816 n.º2 CPC e que resultado de interpretação se obtém, segundo o método jurídico	83

3. Conclusão	87
CAPITULO VII – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E RESP. CIVIL	89
1. Enriquecimento Sem Causa	89
1.1 Enriquecimento sem causa por prestação	90
1.1.1 Condictio Indebiti.....	90
1.1.2 Condictio Ob Causam Finitam.....	93
1.1.3 Condictio Ob Rem.....	94
1.2 Enriquecimento Sem Causa por Intervenção	95
2. Concurso entre várias figuras de proteção	97
3. Concurso entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil	98
4. Enriquecimento sem causa no caso de proteção dos credores	100
5. Conclusão	104

PARTE III

TÍTULO I - INTERPRETAÇÃO EM SENTIDO AMPLO DAS FONTES CHAMADAS A REGULAR O CASO

CAPÍTULO I - CONJUGAÇÃO DAS REGRAS EXTRAÍDAS	106
1. Considerações gerais da conjugação das regras	106
2. Quanto ao contrato de mútuo	110
3. Quanto às garantias das obrigações	111
4. Quanto aos processos de extinção das garantias	111
5. Quanto à avaliação do imóvel	113
6. Quanto à norma do art.º 816 nº2 CPC	114
7. Quanto ao enriquecimento sem causa e à responsabilidade civil	116
8. Conclusão	117
Referências	119

RESUMO

Assente na ideia de que o crédito poderá estar “garantido” pelo valor do imóvel, passou a estar na ordem do dia, nos noticiários e jornais, saber se deixando a mutuário de poder continuar a pagar o “empréstimo” ao banco ou simplesmente deixar de cumprir com as suas obrigações, poderá (ou não) a venda ou adjudicação judicial do imóvel por 85% do seu valor real, ao abrigo do art.º 816 n.º2 CPC, extinguir a dívida do devedor quando o bem vale mais do que foi efetivamente alienado judicialmente e esse valor chegaria para extinguir a dívida.

Atente-se que nestes casos, e em muitas situações práticas, poderá o devedor ver-se na situação de ter um imóvel bem mais valioso do que a dívida em causa mas, por força da aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC, ver ser vendido ou adjudicado esse imóvel por um valor bem menor e ainda assim ter que continuar a pagar o restante capital em dívida. Sabendo que cada fonte não pode ser interpretada de forma isolada, p.e. a norma do art.º 816 n.º2 CPC, desconsiderando a lógica que a globalidade do sistema jurídico lhe confere, assim na resolução da questão colocada é essencial procurar percorrer o método jurídico, já que se há uma Ciência do Direito então, tal como qualquer ciência, há que percorrer o seu método com o objetivo de alcançar um conhecimento tendencialmente científico, coerente e racionalmente comprovável.

PALAVRAS-CHAVE: Art.º 816 n.º2 CPC, Adjudicação do imóvel, Extinção das obrigações do mutuário, Valor real do imóvel.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

CC	- Código Civil
C.Com	- Código Comercial
CPC	- Código do Processo Civil
DL	- Decreto-Lei
Art.º	- Artigo
Cfr.	- Conforme
Apud	- Citado por
Cit.	- Citação
Op. Cit.	- Obra citada - expressão do latim "opus citatum".
p.e.	- Por exemplo
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
Ac.	- Acórdão
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch (ou BGB) é o código civil da Alemanha

PARTE I

CAPÍTULO I – OS FATOS

1. Introdução à problemática

É bastante normal na sociedade portuguesa das últimas décadas até à atualidade, perante a política habitacional pública que tem vindo a ser praticada e perante as circunstâncias sociais e económicas, o recurso à compra de habitação própria quer através de recursos próprios ou com recursos a “empréstimos” bancários. A verdade é que, por diversos fatores, e por se tratar de uma aquisição dispendiosa, inacessível ao cidadão comum, foi generalizado e liberalizado do recurso a empréstimos como fonte de obtenção do dinheiro necessário para aquisição de habitação própria, não fossem as estatísticas indicar que, atualmente, os empréstimos para aquisição de habitação representam grande percentagem do total da dívida das famílias e cerca de 75% das famílias portuguesas serem hoje proprietárias da habitação onde residem¹.

Não querendo fazer uma leitura política e económica sobre a política habitacional pública e sobre os objetivos macro e microeconómicos, digamos que a ideia de recurso ao crédito habitação tem raízes políticas, económicas e sociais.

Importa salientar alguns mitos que levam as famílias portuguesas a recorrer ao endividamento de escopo para aquisição de habitação.

Em primeiro lugar está generalizada a ideia de que a dívida contraída pelas famílias está razoavelmente protegida pelo valor do imóvel, considerando que a esta segurança acrescem ainda as garantias pessoais prestadas pelos fiadores neste tipo de crédito. Para além disso, contribui a ideia de que é mais barato o recurso ao “empréstimo” do que o recurso ao mercado de arrendamento, pois este mercado de arrendamento encontra-se ainda sobrevalorizado devido p.e. às políticas públicas das últimas décadas, correlacionados motivos de fraca oferta de habitação para arrendamento ou habitações degradadas e valores baixos de rendas antigas. Ainda acresce a ideia de que através da aquisição de habitação assim se poderia deixar património aos descendentes.

Atento todo o circunstancialismo em redor das políticas habitacionais públicas, dos objetivos macro e microeconómicos e sobretudo todo o circunstancialismo social, passou

¹ http://asaladecima.blogspot.pt/2011/11/normal-0-21-false-false-false-pt-x-none_10.html

a ser objeto dos holofotes sociais a questão sobre o endividamento das famílias portuguesas com repercussões no incumprimento dos contratos de “empréstimo” bancário para aquisição de habitação.

Ora o contrato mais utilizado na aquisição de habitação é o chamado contrato de mútuo, em que a entidade bancária “empresta” dinheiro ao cidadão para aquisição da habitação. Ora assente na ideia de que o crédito estaria “garantido” pelo valor do imóvel, passou a estar na ordem do dia, nos noticiários e jornais, saber se deixando a família de poder continuar a pagar o empréstimo ao banco ou simplesmente deixar de cumprir com as suas obrigações, poderá (ou não) a venda ou adjudicação judicial do imóvel por 85% do seu valor real, imposto por força do art.º 816 n.º2 CPC, extinguir a dívida do devedor quando o bem vale mais do que foi efetivamente alienado judicialmente e esse valor chegaria para extinguir a dívida.

É que nestes casos, e em muitas situações práticas, poderá o devedor ver-se na situação de ter um imóvel bem mais valioso do que a dívida em causa mas, por força da aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC, ver ser vendido ou adjudicado esse imóvel por um valor bem menor e ainda assim ter que continuar a pagar o restante capital em dívida.

A questão tem relevância atual e social, já com projeção em algumas decisões inovadoras dos Tribunais de Espanha - como são o caso da sentença da Audiência Provincial de Navarra e posteriormente a decisão de um Tribunal de primeira instância de Barcelona². Entre nós também é de salientar certas decisões inovadoras de Tribunais portugueses, como são o caso da decisão do Tribunal de 1ª instância de Portalegre e a decisão do Tribunal da Relação de Évora.

2. Metodologia de abordagem ao problema

Na abordagem à presente problemática não se abordarão questões económicas, sociais ou políticas, porque o que se trata aqui é encontrar uma solução de Direito e deixar para o campo das outras ciências as considerações que a elas dizem respeito, p.e sobre crise financeira, as políticas micro e macroeconómicas, os fenómenos de bolhas e esquemas inflacionários do mercado da habitação, risco económico na compra do imóvel, etc.

Procurarei abordar um problema de Direito e da sua interpretação, percorrendo uma linha de desenvolvimento lógico assente numa metodologia própria, tal como qualquer ciência

² Juzgado de Primera Instancia número 44 de Barcelona

deve seguir, sendo que no caso seguirei a metodologia jurídica e nessa linha abordarei uma série de questões relacionadas com o caso concreto e que se prendem com a interpretação da globalidade do sistema jurídico em busca das fontes que ao caso são efetivamente chamadas a regular, com a interpretação dessas fontes quer a nível jurídico quer a nível prático de modo a extrair as diversas regras aí contidas. Por fim procurarei conjugar essas regras de modo a obter o seu sentido conjugado pois cada fonte ocupa um determinado papel no plano geral do sistema jurídico e sendo assim nenhuma regra extraída de uma determinada fonte pode ser, per si, a solução do caso concreto mas tão o pode ser a conjugação de diversas regras extraídas das diversas fontes de Direito chamadas a regular o caso concreto. No fundo trata-se de entender esse plano do sistema jurídico pois o Direito reside nessa conclusão final.

Nisso começarei por saber em que se baseiam as decisões inovadoras dos Tribunais Portugueses e Espanhóis já mencionados e, de seguida procurarei passo a passo interpretar e explanar sobre as fontes que efetivamente são chamadas a regular o caso concreto, deixando de fora questões laterais que não digam diretamente respeito ao que efetivamente está em causa. É que não contribuirá para o entendimento da solução do caso a abordagem e desenvolvimento de questões políticas, económicas e sociais porque o problema aqui trazido é efetivamente de Direito e é nesse campo que procurarei abordar apenas as matérias e fontes que efetivamente estão ou possam estar em jogo, deixando de fora matérias e questões de Direito que logicamente não são chamadas a jogo e se situam fora do âmbito do problema.

No estudo da problemática, de diversos autores e das decisões jurisprudenciais, para além do meu próprio raciocínio e entendimento, tornou-se claro e lógico que a resposta à problemática trazida neste estudo passará, sem dúvida, pelo percorrer do método jurídico. Torna-se claro que cada fonte de Direito tem o seu papel próprio e específico no seio do plano que o sistema jurídico constitui e nenhuma fonte, particular a norma do art.º 816 n.º2 CPC, pode ser interpretada e entendida de forma isolada sem considerar as restantes fontes chamadas a regular o caso concreto e a própria fatispécie do caso concreto.

CAPÍTULO II - INTERPRETAÇÃO EM SENTIDO AMPLO

1. Considerações Gerais

Perante a complexidade do problema colocado, e que se pode já antever, muito derivado de a abordagem ao problema implicar a compreensão de diversas matérias, ou melhor de diversas fontes chamadas a regular o caso concreto, sendo essa diversidade natural, remetendo a compreensão da solução para o campo da compreensão e conjugação da própria globalidade da ordem jurídica, foi necessário propor um estudo assente numa metodologia própria, como já se disse, de modo a que qualquer raciocínio lógico e de Direito refletisse uma certeza mais segura e própria da ciência do Direito.

Como toda a ciência, a Ciência do Direito também tem o seu método. Se há uma Ciência do Direito, há que procurar determinar os métodos que permitem a sua afirmação, tendentes a um conhecimento racionalmente comprovável. *“Se a Ciência do Direito é a ciência prática, pois o seu objetivo é a solução de casos concretos, então o método representará o caminho que o jurista deve percorrer para chegar à solução prudente dos casos concretos. Para isso o jurista parte dos fatos concretos, descobre as regras como normal critério mediador da solução e faz no fim a aplicação das regras”*³.

Ora o caminho para a compreensão de uma solução de Direito deve seguir um método próprio, ainda mais necessário quando o caso concreto vê em jogo uma diversidade de fontes complexas, interligadas e conjugáveis chamadas imperativamente a resolver o caso e que não são prescindíveis. Assim será mais um processo de interpretação da globalidade do ordenamento jurídico chamado ao caso do que de simples interpretação de uma norma específica e isolada, p.e. a norma do art.º 816 n.º2 CPC.

Para além disso, como nos ensinaram Hans-George Gadamer⁴, São Tomás de Aquino⁵ e Isidoro⁶, ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, deve

³ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição Refundida, Editora Almedina, Coimbra, 2013, pág. 388 e 389.

⁴ Cfr. GADAMER, Hans Georg, *Verdade e método I: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica / Hans-Georg Gadamer*, tradução de Flávio Paulo Meurer, 8ª Edição., Editora Vozes, 2007.

⁵ Cfr. AQUINO, Santos Tomás de, *Suma Teológica* (em latim: *Summa Theologiae*), artigo VI, “*esclarece que toda lei deve ser ordenada à salvaguarda comum dos homens. O fim da lei é o Bem Comum*”.

⁶ Cfr. ISIDORO, *Etymologiae*, primeira enciclopédia escrita na cultura ocidental, escrita por Isidoro de Sevilha a pedido de Bráulio, bispo de Saragoça, Livro II: *de rhetorica et dialectica*, 10, PL 82, 131; V, 21, 82, 203 refere que “*não é em vista de um interesse privado, mas da comum utilidade dos cidadãos que uma lei deve ser escrita*”, Livro II: *de rhetorica et dialectica*, 10, PL 82, 131; V, 21, 82, 203.

saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Essa interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao bem comum. A lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei. Com isto quero afirmar que nem toda a lei é Direito e isso por dois motivos, se a lei não for condizente com sua finalidade original, conferida pelo sistema jurídico, ou com aquilo que se pretende fundamentalmente alcançar em termos de Direito e Justiça, não sendo a norma considerada tendo em conta a teia valorativa e fim onde se insere no manto maior que é o Direito, tal como se inserem outras fontes chamadas ao caso, não se poderá nunca alcançar uma solução do Direito. Neste sentido se afirma que o Direito não se esgota numa determinada norma, a norma pretende visar algo maior que o Direito pretende tutelar – é por isso que foi criada.

Se a lei foi elaborada de forma a não garantir o bem comum e a justiça ou, mesmo valorativamente bem criada mas, é desvirtuada a sua interpretação e aplicação por força de uma interpretação desfocada e desconsiderada do manto de Direito onde se insere, então não se está a alcançar uma solução de Direito, apesar de se poder afirmar que em certa medida é uma decisão legal.

À medida que a lei se afasta da sua finalidade original, não porque não respeita os valores do Direito mas por força da sua interpretação, cega à letra da norma em que o interprete é boca morta da norma, sem considerar a globalidade do ordenamento jurídico onde se insere, mais longe se fica da Justiça e do Direito. Tal como a norma ilegal e injusta que ofende valores imperativos, também estas regras desvirtuadas perdem o seu compromisso com o bem comum e a Justiça e, naturalmente, deixa de beneficiar a todos para beneficiar alguns.

É primordial compreender, entender, o fim e fundamento que ultime justifica a criação da norma do art.º 816 n.º2 CPC, compreender os valores e a tutela pretendida com aquela norma para que se possa compreender a norma em si, compreender as situações que se pretendem acautelar, equilibrar, justificar e daí extrair as regras de Direito. Mas para além disso é importante conjugar o papel dessa norma com as restantes fontes de Direito chamadas ao caso. É esta justificação que serve de mote para a linha de raciocínio desenvolvido neste trabalho.

A fonte de Direito privilegiada em Portugal são as Leis em sentido amplo, mas as Leis devem ser bem interpretadas (em sentido estrito e em sentido amplo) para que se possa extrair as regras atendendo também à sua conjugação com as restantes fontes chamadas a regular o caso concreto, nomeadamente outras Leis. Porque precisamente não posso

deixar de voltar a afirmar que o Direito é mais do que apenas o conteúdo das fontes legais consideradas isoladamente.

Dito isso, a solução do caso prático poderá ser alcançada por via normativa ou por via não normativa⁷, com a consequência de percorrer operações diferentes num caso ou noutro. A via normativa tem lugar quando uma qualquer norma jurídica é chamada a resolver o caso concreto. Pelo contrário a via não-normativa tem lugar quando não haverá mediação de qualquer norma jurídica.

Como estamos perante um caso concreto que vê concorrer uma série de normas, estaremos certamente perante uma solução por via normativa e portanto o que se trata é interpretar o ordenamento jurídico e interpretar essas normas mesmo que alguma interpretação muitas vezes possa parecer ser clara. Não se pense que não será necessário fazer interpretação⁸ se a fonte é clara. Se o conhecimento e a prática facilitam a busca das fontes que eventualmente regulam a situação e facilitam a extração das regras contidas nessas fontes muito se deve a essas fontes já terem sido anteriormente interpretadas mas também à sua contínua interpretação. Importa ainda depois interpretar a conjugação dessas regras extraídas atento à fatispécie do caso concreto.

Como refere Castanheira Neves, “*Não é a falta de clareza (linguístico hermenêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemática-concreta realização normativa do direito que a não pode dispensar*”⁹. Assim a problemática concreta em análise deve levar a uma interpretação profunda das fontes, porque precisamente cada caso é único, cada um implica uma quantidade e modo diverso de conjugação de outras fontes e de fatos particulares.

⁷ Ver OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág.243 e segs.

⁸ Em última instância até para concluir que a disposição legal é clara foi necessário um trabalho de interpretação, mesmo que quase instantâneo. Se toda a fonte consiste num dado que se destina a transmitir um sentido ou conteúdo intelectual, a que chamam de espírito, tem sempre de haver uma tarefa intelectual, por mais simples que seja, como condição para extrair da matéria o espírito que a matéria encerra. OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., Pág. 391.

⁹ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, António, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, Apud CHUMBINHO, João, *A Evolução da Atividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin*, in Revista DataVénia, Ano I, nº1, pág. 193, Juiz de Paz e Coordenador do Julgado de Paz de Lisboa, Doutorando em Direito.

2. Método Jurídico

O que procurei realizar neste trabalho foi precisamente partir dos fatos para o ordenamento jurídico no seu todo em busca das fontes que eventualmente ao caso jurídico dizem ou possam dizer respeito. Ao longo dos capítulos vou expondo sobre as fontes encontradas, que de modo geral são chamadas a resolver o caso concreto, analisando-as atento a globalidade do ordenamento jurídico de modo a extrair as regras nelas contidas. Nisso não procurarei tomar parte em extremismos da doutrina, nem tão pouco procurar uma solução imaginativa ou idealista.

2.1 Fases do método jurídico¹⁰:

- A. Apreciação da realidade material em conflito (os fatos)
- B. Interpretação em sentido amplo
- C. Aplicação do Direito (solução do caso)

O método jurídico compreenderá um momento de apreciação da realidade material em conflito, onde se procura compreender os fatos e circunstancias que moldam o caso concreto. Compreenderá também um momento de interpretação da globalidade do ordenamento jurídico e de interpretação das fontes chamadas a regular o caso concreto. Sendo assim neste momento de interpretação em sentido amplo, integrar-se-á outro conjunto de operações, nomeadamente as de interpretação em sentido estrito da fonte, de analogia e de interpretação enunciativa da fonte.

De seguida procurar-se-á entender as regras extraídas de acordo com a globalidade do ordenamento jurídico em sintonia com a fatispécie do caso concreto. Por fim haverá um momento de aplicação do Direito, onde se procura aplicar as fontes ao caso de forma tendencialmente individualizadora e concreta.

2.2 Conhecimento da realidade material em conflito – os fatos (1ª fase do método jurídico):

O primeiro passo é conhecer os fatos, a realidade material em conflito, para que partindo dos fatos se possa selecionar as fontes de Direito que no sistema jurídico português são legítimas a dirimir o conflito. O caso jurídico é aquele que já foi enunciado e será exposto no capítulo da jurisprudência e que cuja questão central se resume já aqui: poderá (ou não) a venda ou adjudicação judicial do imóvel por 85% do seu valor real, imposto por

¹⁰ Ver OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 281 e 388.

força do art.º 816 n.º2 CPC, extinguir a dívida do devedor quando o bem vale mais do que foi efetivamente alienado judicialmente e esse valor chegaria para extinguir a dívida.

2.3 A interpretação em sentido amplo (2ª fase do método jurídico):

A fase interpretação em sentido amplo é uma fase complexa¹¹ em que será necessário algum esforço intelectual na compreensão do seu sentido conceptual.

Esta fase de interpretação, em sentido amplo, compreende dois momentos próprios, distintos mas que intimamente ligados. Nisso se pode reparar que também o segundo momento se divide em dois momentos.

1. Análise do ordenamento jurídico - busca das fontes que regulem o caso concreto
2. Análise das fontes seleccionadas:

2.1 Análise individual das fontes:

- 2.1.1 Através da interpretação em sentido estrito
- 2.1.2 Analogia- Integração da Lacunas
- 2.1.3 Interpretação enunciativa

2.2 Busca do sentido conjugado das regras extraídas de todas as fontes analisadas.

A interpretação em sentido amplo compreende um primeiro momento em que se parte do caso concreto - dos fatos da realidade material (fatispécie do caso concreto) - para a globalidade do ordenamento jurídico em busca de fontes que ultime regulem aquela situação concreta. Fruto de alguma prática e estudo, será aparentemente fácil a busca de tais fontes mas já não será assim tão automática essa busca quando se trate de um caso complexo, que em abstrato, envolva várias fontes e ramos do Direito. É neste momento que definimos se a solução do caso será alcançada por via normativa ou por via não normativa, com a consequente definição do tipo de método jurídico a aplicar.

O segundo momento, dentro da interpretação em sentido amplo, é o momento que se parte das fontes seleccionadas, novamente para o ordenamento jurídico de modo a extrair as regras contidas nessas fontes. É a chamada de análise individual de cada fonte. Se no momento anterior se parte do caso concreto para o ordenamento jurídico em busca de fontes que regulem aquela situação, agora parte-se das fontes encontradas para o ordenamento jurídico em busca do sentido dessas mesmas fontes com a finalidade de

¹¹ Nesse sentido ver OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 392 e segs, sobre interpretação e ordenamento.

extrair as regras nelas contidas. É que uma coisa são as fontes e outra são as regras. As fontes contêm regras, não o contrário, e essas regras só se alcançam se se interpretar as respetivas fontes tendo em conta o seu papel no ordenamento jurídico. Isto acontece por diversos motivos, sendo um deles o fato de cada fonte ter um sentido próprio fornecido pela globalidade do ordenamento jurídico, fazendo parte de um plano maior e que não se concebe apenas consultando a fonte de maneira isolada e desligada do ordenamento jurídico.

Este momento de análise individual de cada fonte poderá ser realizado através de três formas, através da interpretação em sentido estrito, da integração das lacunas e/ou da interpretação enunciativa dessas fontes encontradas.

Mas aparte deste momento de análise individual das fontes selecionadas a fase da análise das fontes comporta um outro momento, o de após terem sido desvendadas as regras contidas em cada fonte, através da interpretação em sentido estrito, analogia ou interpretação enunciativa, é tempo de interpretar ou analisar essas regras (já extraídas) todas em conjunto e, partindo para o ordenamento jurídico novamente, tendo em conta também a fatispécie do caso concreto, cabe perceber o sentido conjugado dessas regras. É que como se pode calcular, se cada fonte tem o seu lugar e papel num plano maior, também as regras delas extraídas terão o seu papel e lugar num plano maior. Uma regra cruzar-se-ão com outras, umas impor-se-ão a outras e no fim da operação ter-se-ão as regras filtradas, apuradas tendo em conta o seu sentido conjugado. Semelhante interconexão sucede com os limites, intrínsecos e extrínsecos, de existência, validade e ao exercício dos direitos subjetivos que RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA¹² menciona, já que também esses limites todos, os que no caso estejam em jogo, devem ser conjugados, entendidos na sua globalidade e uns cruzar-se-ão com outros, uns impor-se-ão a outros e no fim a operação de conhecimento e aplicação desses limites resulta no conhecimento do círculo aplicável do direito em causa.

2.3.1 Análise das fontes ou Interpretação em sentido estrito:

Cabe portanto à fonte dominante - que em Portugal é a Lei - determinar qual a orientação a adotar em definitivo. Assim o art.º 9 do código Civil, sob a epígrafe de “*Interpretação da lei*”, determina que a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a

¹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág.198 a 235.

partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente exposto. Ainda referindo a lei que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Ressalvo aqui que a interpretação, para efeitos da solução do caso, é a interpretação doutrinária¹³ em contraposição à interpretação autêntica. Sem querer entrar no campo da comparação digamos que a interpretação doutrinária é aquela que vem referida no art.º 6 do Código Civil, aquela que é realizada por qualquer pessoa incluindo a realizada pelo julgador (art.º 8 n.º3 do CC). No fundo esta interpretação não tem qualquer efeito sobre as fontes, não altera o seu conteúdo nem o complementar de imediato. Esta interpretação servirá apenas para em momento posterior extrair a regra e só complementar a fonte quando for aplicado o Direito.

Interessa portanto a interpretação doutrinária e sendo assim o art.º 9 n.º1 do Código Civil fala em elementos da interpretação como sendo a letra (texto e gramática) e o pensamento do legislador (espírito). Fala-se portanto em interpretação tendo em conta a letra do texto (gramática) e o espírito ou pensamento do legislador (lógica), que deverá num primeiro plano ser objeto de estudo em separado e posteriormente estudada em conjunto procurando saber se a letra coincide com o espírito. Num primeiro momento estuda-se os elementos da interpretação e num segundo momento estuda-se o resultado da interpretação.

Elementos da interpretação doutrinária da lei:

- Elemento Objetivo - Letra da lei (elemento gramatical)
- Elemento Subjetivo - Pensamento do legislador – espírito da lei (elemento lógico)

Resultados da interpretação:

- Interpretação Declarativa (restrita, média ou lata)
- Interpretação Extensiva
- Interpretação Restritiva

¹³ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 387 a 388.

2.3.1.1 Elementos da Interpretação¹⁴:

1. Elemento Objetivo (gramática ou letra da lei)

Quanto à letra da lei, ou seja o texto da lei, é o ponto de partida da interpretação dessa lei, mas também é o limite da interpretação do pensamento do legislador, disso refere o n°2 e n°3 do art.º 9 do CC. Corresponde à interpretação gramatical ou interpretação literal pois a letra é o ponto de partida para a interpretação.

A fonte que procurei, com maior necessidade, proceder à sua interpretação em sentido estrito será a norma jurídica do n°2 do art.º 816 do CPC que estabelece, para a venda em processo de execução judicial, que o valor de venda é igual a 85% do valor base (real) dos bens, que será aplicado também em sede de adjudicação em processo de execução judicial por força do art.º 799 n°3 CPC.

Da letra do texto não se encontra, para já, problemas de maior na sua interpretação, por não conter critérios gerais, termos indeterminados ou palavras de sentido duplo. Sendo assim não desenvolverei tema nesta perspectiva e deixarei a maior incidência para a perspectiva do elemento subjetivo.

2. Elemento Subjetivo (espírito ou pensamento do legislador)

Quanto ao pensamento do legislador, sem querer desenvolver querelas subjetivistas ou objetivistas, em que para uns o sentido da lei é aquela que o legislador pretendeu transmitir e portanto é essa vontade que importa (mesmo que não tenha conseguido transmitir de forma clara na letra da lei) e para outros o sentido da lei é aquela que objetivamente dela se desprende e que significa por si mesma.

Pessoalmente eu adiro a uma tese eclética assente numa componente naturalmente objetivista mas que não põe de parte uma componente subjetivista, subjetivista não do próprio legislador (porque ele é apenas um veículo) mas sim da ordem social respetiva. É inegável que a lei faz referência a uma componente subjetivista ao referir que a interpretação “...*não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo*....¹⁵”

Há que tentar entender a intenção e vontade da ordem social ao querer formular assim uma lei - naturalmente através do legislador que é o seu veículo. Esta tese eclética vai de

¹⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 406 e segs, sobre a interpretação gramatical e lógica.

¹⁵ Artigo 9 n°1 do Código Civil.

encontro à evolução natural sobre este assunto, passando pelo entendimento “Historicista¹⁶”, pelo “Atualismo¹⁷” e pelo entendimento de “Interpretação Evolutiva¹⁸” mas de todos recolhe o seu melhor. Aliás o art.º 9 do Código Civil é em si uma norma eclética, considera elementos Objetivos (letra da lei) elementos subjetivos (reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo) elementos historicistas (tendo sobretudo em conta... as circunstâncias em que a lei foi elaborada) elementos atualistas (tendo sobretudo em conta... as condições específicas do tempo em que é aplicada) e elementos evolutivos (em conta a unidade do sistema jurídico).

Parto assim de uma posição eclética, ponderada, quanto à interpretação do elemento subjetivo - o espírito.

São elementos lógicos ou valorativos:

1. Elementos formalmente incluídos na fonte
2. Elemento Sistemático (tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico)
3. Elemento Histórico (as circunstâncias em que a lei foi elaborada)
4. Elemento Teleológico (condições específicas do tempo em que é aplicada)

1. Elementos formalmente incluídos na fonte

São por exemplo os preâmbulos dos diplomas jurídicos¹⁹, os títulos das secções do diploma, epígrafes dos artigos²⁰, comentários e outros elementos.

¹⁶ Historicismo é um entendimento da doutrina assente no sentido histórico, da criação da lei. Implicaria que muitas das lei estariam então hoje caducas porque as circunstâncias de hoje eram imprevisíveis na altura da sua formação.

¹⁷ Atualismo é uma orientação da doutrina que assenta no sentido atual da lei. O sentido da lei é aquele que lhe é dado no momento da interpretação mas sendo assim coloca de parte qualquer fator histórico (quanto à intenção da ordem social) na feitura da lei.

¹⁸ A Interpretação Evolutiva é uma orientação da doutrina assente no sentido de que as normas evoluem com o ordenamento jurídico. Assenta numa ideia de a interpretação ser extraída de uma verdade já completa. Contrapõe-se-lhe uma conceção mais ativa do intérprete, que é chamado a criar e a desenvolver o sentido da norma mas a verdade não é já completa.

¹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 408, nota de rodapé nº 603.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Apud OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral* op. cit., pág. 408, nota de rodapé nº 604, distingue as epígrafes e as rubricas da lei.

2. Elemento Sistemático

Deve ser considerado porque como refere o art.º 9 n.º1 do CC, a interpretação deve ter em conta o pensamento jurídico “*tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico*”. Sendo assim a interpretação que se faz de uma fonte não deve ser isolada mas sim tendo em conta a globalidade do ordenamento jurídico onde se insere, tendo em conta as outras fontes que ao caso também se aplicam, sem prejuízo da primazia da lei.

As relações que se estabelecem entre as fontes, podem ser de:

- Subordinação
- Conexão
- Analogia

Tomemos por agora em consideração as relações que se estabelecem entre as fontes legais, e deixemos para momento posterior – de procurar o sentido conjugado das regras extraídas de cada fonte - as relações que se estabelecem entre as fontes legais e as restantes fontes de Direito.

Subordinação:

Neste campo procede-se à relação do preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico a fim de se apurar a incidência que esses princípios têm para o esclarecimento daquela fonte. Neste aspeto pode-se também proceder à relação do preceito com a própria Constituição, por referência ao *princípio da interpretação conforme a Constituição*, já que conforme refere OLIVEIRA ASCENSÃO “*a coerência da ordem jurídica e o princípio da conservação das leis levam a partir do princípio de uma compatibilidade das leis com regras hierarquicamente superiores. Por isso deve preferir-se uma interpretação que conduza àquela harmonia, enquanto isso for compatível com a própria natureza da interpretação*”²¹

Portanto a interpretação lógica, assente no elemento sistemático, tem em conta a globalidade do sistema jurídico na interpretação do preceito que pretendemos interpretar, nomeadamente atender-se-á ao princípios gerais do Direito e à Constituição numa lógica de subordinação do preceito a fim de se compreender qual o significado que aqueles princípios lhe conferem, porque toda a fonte se insere numa ordem e toda a regra extraída da fonte é expressão dessa ordem e do seu sentido.

Com isto quero dizer, sem prejuízo das regras sobre a interpretação enunciativa e a

²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 410.

analogia, que o *juiz não deve fazer uma interpretação apenas jusnaturalista nem apenas positivista mas sim uma interpretação juspositivista*. É que os princípios passam a ser o vértice do ordenamento jurídico e funcionam como padrões de toda a ordem jurídica²² e as normas deixam de constituir a única forma de exteriorização do Direito.

Conexão:

Neste campo procede-se a uma interpretação tendo em conta o contexto horizontal onde se insere, nomeadamente o texto anterior e posterior do preceito. Se o preceito a interpretar se insere num artigo com diversos números ou parágrafos há que entender esse mesmo texto e parágrafos porque todo o preceito faz parte de um conjunto lógico. É que todo o preceito a interpretar cabe dentro de um plano lógico e sendo assim não se poderá tomar isoladamente o preceito a interpretar mas sim tendo em conta os preceitos anteriores e posteriores dentro e fora do artigo a interpretar.²³

Em termos de conexão há que falar também de conexão remota pois há que considerar as matérias de Direito que fazem parte do conteúdo do preceito a interpretar, o que levará a interpretar outros preceitos que àquelas matérias digam respeito. Sendo assim há que interpretar o conteúdo da norma, aferindo as matérias aí contidas, e de seguida interpretar outros preceitos que regulem aquelas matérias, quer sejam regimes jurídicos do mesmo ramo de Direito ou de outro, de disciplinas diferentes ou até mesmo de figuras jurídicas distintas.

Por exemplo no caso da norma do art.º 816 nº2 CPC vê entrar em análise outros preceitos jurídicos, e que serão abordados ao longo deste trabalho, nomeadamente preceitos que dizem respeito ao tipo de contrato em causa, que digam respeito às garantias das obrigações em causa, ao modo de execução dessas garantias, aos tipos de execução das obrigações, bem como a outras diversas matérias como o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil.

²² GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª Edição, 2000, pág. 1215.

²³ Querendo interpretar o nº 2 do art.º 816 CPC há que analisar o disposto no nº1 e o disposto no nº3 do mesmo artigo. Refere o nº1 que “*Quando a penhora recaia sobre bens imóveis que não hajam de ser vendidos de outra forma, são os bens penhorados vendidos mediante propostas em carta fechada.*”. Já o nº3 refere que “*A venda faz-se no tribunal da execução, salvo se o juiz, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, ordenar que tenha lugar no tribunal da situação dos bens.*”.

Analogia:

Aqui a analogia, como categoria mental de interpretação em sentido estrito não se confunde com a analogia como elemento constituinte da interpretação em sentido amplo a par da interpretação em sentido estrito e da interpretação enunciativa. Aqui a analogia, integrada no elemento sistemático da interpretação lógica diz respeito apenas a procurar o sentido de preceitos ou hipóteses paralelas relacionadas com o preceito que se procura interpretar. No caso por exemplo há que estudar as situações paralelas que possa estar relacionadas com o preceito em análise, porque entender essas situações paralelas ajuda na compreensão do sentido do preceito que se procura interpretar. A semelhança da situação faz presumir que o regime jurídico também é semelhante e vice-versa, muito devido a que todas essas situações se integram numa lógica global do sistema jurídico. Claro que neste exercício de procura de casos análogos, ou correlacionados, fará maior resultado se se atender à ordem jurídica na sua globalidade e não apenas ao que resulta das fontes legais, contudo por força de se poder cair num método jurídico dentro do método jurídico será suficiente a conceção de situações análogas ou correlacionadas que se situem dentro do mesmo tipo de fonte da disposição a interpretar.

Por exemplo o disposto no nº2 refere que “*O valor a anunciar para a venda é igual a 85 % do valor base dos bens*” mas poderemos procurar entender a situação análoga da alienação em processo tributário ou até mesmo a situação análoga de alienação extrajudicial. Claro que a compreensão destas situações não nos dará a resposta direta mas contribuirá para se construir o sentido da fonte que pretendemos efetivamente interpretar.

3. Elemento Histórico

Outro dos elementos lógicos da interpretação, a ter em consideração, é o elemento histórico, muito porque o art.º 9 nº1 do CC faz referência que na interpretação se deve ter em conta também “*as circunstancias em que a lei foi elaborada*”. OLIVEIRA ASCENSÃO²⁴ distingue o elemento histórico em:

- Precedentes normativos
- Trabalhos preparatórios
- Occasio Legis

²⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 412.

Precedentes normativos:

Diz respeito aos preceitos que vigoraram no passado, que são objeto da história do Direito, que ultime levaram à criação do preceito que pretendemos efetivamente interpretar. Por os preceitos anteriores terem tido influência sobre o preceito que agora pretendemos interpretar, nomeadamente por constituírem um processo contínuo de aperfeiçoamento da regra que o preceito contem, sempre se poderá afirmar que a compreensão desses preceitos históricos servirão para auxiliar o sentido do preceito que se pretende interpretar.

Trabalhos preparatórios:

Diz respeito a relatórios, passos da discussão parlamentar, apontamentos pessoais das pessoas intervenientes na feitura da lei, mesmo que divergentes, etc. e estes trabalhos que levaram à criação do preceito que se pretende interpretar, em busca da regra, não deixam de representar fatores auxiliares da interpretação do preceito em análise.

Occasio Legis:

Diz respeito a todo o circunstancialismo social que rodeou o aparecimento do preceito que se pretende interpretar. Não deve deixar de ser considerado todo o circunstancialismo que levou à criação da preceito em análise, nomeadamente a ter sido imposto um valor de venda ou adjudicação de 85% do valor base dos bens em processo de alienação judicial.

4. Elementos Teleológicos e a Ratio Legis

O art.º 9 nº1 do CC faz referência que na interpretação a lei se deve ter em conta também “*as condições específicas do tempo em que é aplicada*”. Nesse sentido diz respeito ao elemento de justificação social da lei, porque toda a fonte legal existe para atingir fins ou objetivos sociais e é por isso que enquanto não se entender o *para quê* de uma fonte, não se saberá a chave da sua interpretação. Ora aqui há uma exigência de considerar as condições atuais ou do momento em que a fonte é aplicada porque as leis servem para regular situações presentes, mesmo que com repercussões ao passado. Ora é sobre essas condições que se procura a relevância social e que por sua vez servira para chegar à determinação do sentido da lei.

O elemento teleológico é pois o fundamento de valor, ao nível dos motivos, da criação da fonte, podendo ser a nível de motivo político, moral, social, económico, ou outro qualquer

motivo. Estes motivos teleológicos, todos no seu conjunto, constituem a chamada ratio legis. A ratio legis é a conjugação de todos aqueles motivos que fundamentaram a criação da lei, que caberá racionalmente entender na tarefa de interpretação da lei.

Com isto já sabemos os elementos da interpretação, e portando o caminho que o intérprete deve percorrer em sede de interpretação, pelo que agora resta saber o resultado da mesma.

2.3.1.2 Resultados da Interpretação

Quando se confronta o elemento subjetivo textual ou gramatical da fonte com o elemento subjetivo ou lógico da fonte, ou seja quando se confronta a letra com o espírito da lei, verifica-se que pode haver algum atrito. Apesar de o espírito dever ter na letra da lei o mínimo de correspondência, esse sentido pode não ser automaticamente perceptível ou até aparentemente contraditória com a letra da lei.

Deste confronto chegar-se-á à interpretação:

- Declarativa
- Extensiva
- Restritiva

A Interpretação Declarativa:

Estaremos perante a interpretação declarativa quando o sentido atribuído ao termo que pretendemos interpretar cabe dentro das palavras utilizadas pelo legislador. Há doutrina que distingue a interpretação declarativa em lata, média e restrita mas a meu ver e na senda de OLIVEIRA ASCENSÃO²⁵ não há lugar a uma escala que permita catalogar a interpretação declarativa nesses termos. Desde que o sentido que atribuímos ao termo a interpretar esteja dentro da literalidade das palavras utilizadas pelo legislador, mesmo que em menor ou maior grau de sentido. Tudo depende de caber ou não nessas palavras utilizadas pelo legislador. Um exemplo de interpretação declarativa do art.º 816 n.º2 CPC é a que se faz do termo “anunciar” quando a norma refere que “O valor a anunciar para a venda é igual a 85 % do valor base dos bens”. O termo anunciar poderá ser interpretado como significando ditar, escrever, publicitar, referir, etc. Ora se entendermos que anunciar é toda a forma que publicitar a venda que seja admitida na lei, estamos a fazer um interpretação declarativa porque cabe dentro do sentido exato da palavra “anunciar” independentemente se com um grau menor ou maior de amplitude.

²⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 421.

A interpretação Extensiva:

O intérprete pode entender que o legislador pretendeu dizer uma coisa mas as palavras utilizadas não foram bem utilizadas, que as palavras não exprimem exatamente o que o legislador pretendia exprimir, levando muitas vezes a exprimir uma realidade diversa ou sendo a mesma realidade resulta numa distorção. Ora se o que se interpreta ultrapassa o que resulta diretamente do sentido literal da letra da lei então estamos a fazer uma interpretação extensiva. É que como sabemos a lei e regra são coisas diferentes, e muitas vezes para se respeitar a regra que procuramos extrair poderá ter-se que formular o sentido com uma formulação que não cabe na literalidade da letra da lei.

Na prática o que se compreende como interpretação extensiva é exatamente o encaixar de outras situações que escaparam à letra da lei mas que constituem situações que tal como aquelas prevista na letra da lei o legislador quis ou queria legislar. É que o legislador ao ser categórico e especificar as modalidades previstas na letra da lei, muitas vezes deixa, por lapso, escapar uma categoria ou situação mas se tivesse essa consciência não deixaria de as integrar na letra do texto. Aqui sobressai novamente a ideia de que o legislador ser apenas um veículo e o que importa na interpretação é o sentido que a ordem social confere ou pretende conferir. Aqui não houve um vazio da lei quanto a determinada situação que escapou à letra da lei, ao contrário do que sucede na analogia, o que sucedeu é que a regra extraída da norma enquadra muito bem a situação porque se atende ao seu sentido mas acontece é que a letra da lei não expressa literalmente essa situação. Sendo assim devemos fazer uma leitura formulada mais ampla e extensiva de modo a abarcar também aquela situação que não está expressa na literalidade da letra da lei mas que cabe no sentido da regra da norma.

Exemplo disso será o caso do art.º 2181 CC em que refere na letra da lei a proibição de diversas pessoas testarem no mesmo ato em proveito próprio ou recíproco. Aqui a letra da lei não expressa literalmente o fato de diversas pessoas testarem em proveito próprio ou recíproco em atos diferentes. Caberá ao intérprete entender se o legislador quis enquadrar esta situação não prevista na letra da lei ou se a deixou de fora de propósito. Se entender que caberá na letra da lei aquela situação então estará a fazer uma interpretação extensiva.

A Interpretação Restritiva:

Sucedem quando o intérprete entende que a letra do texto é mais ampla ou genérica que cobre mais situações do que as que o legislador pretendia cobrir, ou seja, quando entende

que o que a norma pretende regular é uma situação mais restrita do que a que se pode à primeira vista perceber da letra da lei.

A Doutrina tem relutância em aplicar este tipo de interpretação, a meu ver muito devido a uma desconsideração de que poderá não se tratar de interpretação restritiva mas sim de integração de lacunas ocultas ou poderá tratar-se de existir em conjunto, com a interpretação restritiva, situações de lacunas ocultas²⁶.

Na interpretação restritiva há que ter em atenção que, entre a letra da lei e o seu espírito, prevalecerá o espírito desde que tenha o mínimo de correspondência na letra da lei, ou seja, a interpretação restringe o alcance do termo mas sempre dentro do significado literal possível desse termo. Fora da literalidade da letra da lei estar-se-á p.e. perante uma interpretação extensiva.

Ora o art.º 9 n.º 1 e n.º 2 expressa bem que a interpretação restritiva é possível e deve ser considerada pelo intérprete. Pela interpretação restritiva do termo, atingimos o verdadeiro sentido da lei, preferindo o espírito à letra mas desde que na letra caiba o mínimo de correspondência.

Neste tipo de interpretação o intérprete entende que o legislador emitiu uma prescrição lata de mais, que abarca situações que não deveria abarcar, se tivesse podido considerar as consequências nefastas contrárias ao que a regra pretendia bloquear.

Há doutrina que entende que em Portugal já houve um tipo de interpretação restritiva de correção, a que chamam de **Interpretação Corretiva** mas que atualmente não é admissível fazendo referência ao art.º 9 do anteprojeto de Manuel de Andrade (sobre fontes do Direito) sob a epígrafe de “*restrição*” referia “*É consentido restringir o preceito da lei quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevisíveis que certamente o legislador não teria querido sancionar*”.

A meu ver, a interpretação a que faz referência aquele preceito é a interpretação restritiva porque o preceito não faz referência a um afastar da norma mas sim ao restringir o sentido da norma, tal como faz referência o art.º 9 n.º 1 e n.º 2 do atual Código Civil tendo o mínimo

²⁶ Há casos em que ao fazer uma interpretação restritiva, interpretando os termos, reduzindo-os, dentro do ainda do seu sentido literal possível, verificamos que não foi explicitada uma exceção ou restrição mas que deveria estar prevista também na letra da lei para estar em harmonia com o seu espírito. Ora é precisamente neste campo que a interpretação em sentido restrito se cruza simultaneamente com a integração de lacunas ocultas.

de correspondência na letra da lei. O que sucede é que a chamada interpretação corretiva em que determinam o afastamento da fonte não é permitida atualmente, e que nem era permitida pela letra da lei do art.º 9 do anteprojeto de Manuel de Andrade, porque se o intérprete afastar a aplicação a lei estará em contradição com o art.º 8 n.º 2 e com o art.º 9 CC. Poderá sim o intérprete restringir a aplicação da lei tendo em conta o pensamento do legislador, o espírito da lei, de modo a respeitar o sentido da regra aí contida tendo em conta o espírito da fonte de acordo com uma interpretação sistemática por respeito ao seus elementos de subordinação, conexão e analogia - quer por entender que a interpretação fosse outra (que não restritiva) levaria a consequências graves, situações injustas não queridas pelo legislador, contra a ordem jurídica no seu todo, contra a ordem natural na forma dos seus princípios mais fundamentais de convivência - mas tal não será feita em sede de interpretação em sentido restrito mas sim em sede de interpretação em sentido amplo por se tratar de um problema de conformidade da fonte com as outras fontes, ou seja, conformidade da norma com a globalidade do sistema jurídico chamado a resolver o caso. O problema é que se tem feito confusão na distinção entre a interpretação da fonte, tendo em conta os elementos dessa fonte (interpretação em sentido estrito) e a interpretação que se faz entre diversas fontes que regulam o caso (interpretação em sentido amplo). Nesta interpretação ampla o que se interpreta são as fontes tendo em conta a sua relação, a sua conformidade e harmonia umas com as outras procurando o seu sentido em conjunto porque naturalmente se encaixam num plano maior do sistema jurídico.

É que se primeiro se parte do caso concreto para a globalidade do sistema jurídico em busca de fontes que regulem o caso concreto e de seguida se procura interpretar em sentido restrito o sentido de cada fonte tendo em conta claro as outras fontes mas depois terá que se voltar a partir das fontes interpretadas novamente para o sistema jurídico em busca da sua harmonia e conformidade entre as fontes chamadas a regular o caso.

De notar é que o afastamento da fonte, com os mesmos fundamentos, não pode ser feita pelo intérprete mas sim apenas por força das fontes hierarquicamente superiores, através das instituições com força para tal – falamos de inconstitucionalidade, revogação e normas interpretativas - ou ainda através da interpretação ab-rogante mas poderá sim procurar-se fazer uma interpretação restritiva corretiva a ter lugar no ultimo momento da interpretação em sentido amplo porque o resultado da interpretação também diz respeito não só à interpretação em sentido estrito e sendo assim concluindo-se a interpretação em sentido amplo, em que se parte novamente para o ordenamento jurídico a fim de conjugar

e refinar todas as regras extraídas através da interpretação em sentido estrito poderá suceder que o resultado dessa interpretação ampla seja restritiva corretiva.

Ainda neste campo há Doutrina²⁷ que fala em **Interpretação Teleológica**, fazendo referência a uma interpretação restritiva que vai mais além que a fronteira literal possível da letra da lei, atendendo que terminada a interpretação da lei, fixado o espírito da lei, a regra resultante poderia ser restringida tendo em conta as finalidades da lei.

Não querendo desenvolver por agora esta temática, mas deixando para o final, apenas refiro por agora que o elemento teleológico já faz parte da interpretação em sentido estrito, que já atrás esquematizei, pelo que será aí que o elemento teleológico fará sentido e tido em conta, até porque dar-lhe outra importância reduzindo o sentido literal da lei para além do literalmente possível com fundamento na finalidade ou teleologia da lei resultará numa restrição da regra quando o que se pretende é o conhecimento da regra e não a sua restrição. Entendo que se deve procurar o sentido da regra, atendendo ao espírito da lei, que poderá ser restringindo o sentido mas sempre dentro do significado literal possível contido na letra da lei, ou seja, desde que tenha a mínima correspondência na letra da lei. Nesta situação, tal como acima referi, quanto à interpretação corretiva, o problema é que tem-se feito confusão na distinção entre a interpretação da fonte, tendo em conta os elementos dessa fonte (interpretação em sentido estrito - e nesta interpretação o que se interpreta são os termos da fonte) e a interpretação que se faz entre diversas fontes que regulam o caso (interpretação em sentido amplo) e nesse momento dessa interpretação o que se interpreta são as fontes tendo em conta a sua relação, a sua conformidade e harmonia umas com as outras procurando o seu sentido em conjunto porque naturalmente se encaixam num plano do sistema jurídico. Poderá sim procurar-se fazer se uma interpretação restritiva teleológica mas no fundo o que se trata é de uma interpretação em sentido amplo e não uma interpretação restritiva teleológica *stricto sensu*.

Ainda neste campo dos resultados da interpretação, há doutrina que fala em **Interpretação Ab-Rogante**. Na interpretação ab-rogante não há nenhuma correção do sentido da letra da lei, o que há é uma verificação de falta de sentido no sistema jurídico

²⁷ Maioritariamente doutrina Alemã, com principal referência a Laurenz em Metodologia, Apud OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit., pág. 556, nota de rodapé nº 637.

entre diferentes normas que se contradizem, resultando na extração de nenhuma regra. A interpretação ab-rogante pode dever-se a questões lógicas ou a questões valorativas. A interpretação ab-rogante lógica tem a ver com uma impossibilidade prática de soluções ou resultados devido a uma incompatibilidade contraditória das normas. A interpretação ab-rogante valorativa tem a ver com a incompatibilidade ou contradição grave das valorações subjacentes às disposições em causa.

A doutrina tem dificuldades em aceitar este tipo de interpretação, e com razão a meu ver, por dificuldades de conjugação com o disposto no art.º 9 n.º1. Se os elementos lógicos já fazem parte da interpretação em sentido estrito, é nesse campo que devem ser considerados as contradições lógicas tendo em conta a globalidade da ordem jurídica (elemento lógico sistemático da interpretação) e devem ser consideradas as contradições entre as valorizações subjacentes às diferentes normas tendo em conta o elemento ratio legis (elemento lógico teleológico da interpretação). Se uma norma em si, ou diferentes normas em contradição, deixa de gerar qualquer regra ou sentido, naturalmente deixará de ser aplicada por caducidade devido a não uso mas isso será no âmbito de outro tema e nada relevante à solução do caso trazido aqui.

Até agora fiz referência aos elementos que integram a interpretação em sentido estrito, sabendo que a interpretação em sentido amplo integra a interpretação em sentido estrito, a integração das lacunas e a interpretação enunciativa e um posterior momento de conjugação das regras extraídas tendo em conta novamente o sistema jurídico chamado a regular o caso.

Neste trabalho não farei referência à integração das lacunas e à interpretação enunciativa porque no caso concreto, em análise, não se trata de aplicar esse tipo de solução mas, tão só, trata-se efetivamente de um caso de interpretação das fontes chamadas a regular o caso concreto, particular da norma do art.º 816 n.º2 CPC e portanto da sua interpretação em sentido estrito e posterior conjugação das regras extraídas de todas as fontes chamadas a regular o caso concreto a fim de aferir que resultado de interpretação se alcança. Do mesmo modo não farei referência à terceira e última fase do método jurídico – a da aplicação do Direito, remetendo nesse caso para as explicações de p.e. OLIVEIRA ASCENSÃO²⁸.

²⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, op. cit. pág. 593 e segs.

Vejam os então nos capítulos seguintes a interpretação em sentido amplo de diversas fontes chamadas a regular o caso concreto, ou pelo menos algumas referências importantes dessas fontes por se tratar de um trabalho com extensão de texto limitada. Vejam as regras se extraem dessas fontes e qual o seu sentido conjugado no final do processo para que se possa chegar a uma conclusão metodológica e de Direito.

PARTE II

TÍTULO I - INTERPRETAÇÃO DAS FONTES

CAPÍTULO I - JURISPRUDÊNCIA

1. Decisão do Tribunal de 1ª instância de Portalegre

Neste caso concreto, trazido ao crivo da justiça, a problemática tem por base um contrato de mútuo de escopo bancário, vulgo empréstimo para aquisição de habitação, realizado entre um particular e um determinado Banco.

Não cumprindo o mutuário com as suas obrigações contratuais, exigidas pelo contrato de “empréstimo” para aquisição de habitação própria – mútuo bancário no valor de 117.500,00€ - o mutuário, em razão das consequências do seu incumprimento, constituiu-se na dívida de 129.521,52€ pelo capital mutuado, juros e outros valores legalmente devidos.

Na sequência do incumprimento definitivo foi executada a hipoteca, pelo credor Banco, para cumprimento coercivo das obrigações em falta. Em processo de execução foi decidido pela venda do imóvel através da modalidade de “...*proposta em carta fechada, com valor base de 117.500,00€ e preço a anunciar de 70%²⁹*”).

Ora “*Declarada aberta a diligência constatou-se existir uma proposta apresentada pelo credor e interessado Banco ..., S.A. tendo a mesma o valor de 82.250,00€...*”). Nesta sequência foi solicitado nos termos da lei, por parte do credor Banco, a adjudicação do imóvel por aquele valor, tendo sido “*proferido despacho a adjudicar ao credor hipotecário Banco ...*” o imóvel por aquele valor.

Foi marcada conferência de interessados a fim de deliberarem sobre a aprovação e pagamento do passivo, tendo em conta “*o valor patrimonial do bem ora adjudicado – 117.500,00€; o valor da adjudicação – 82.250,00€; a posição do adquirente enquanto credor hipotecário de empréstimo concedido aos inventariados no valor de 117.500,00€ e o valor do passivo – 129.521,52€*”. Nessa conferência o mutuário devedor declarou que entende que a dívida designada sobre o passivo – os 129.521,52€ - se encontra paga, requerendo ao Tribunal que se pronuncie, declarando a dívida remida face ao valor

²⁹ Na altura o valor para venda ou adjudicação estava fixado nos 70% do valor base do bem, o que veio a ser alterado, e no presente, por força da norma do art.º 816 nº2 CPC, o valor está fixado nos 85% do valor base do imóvel.

patrimonial atribuído ao imóvel - 117.500,00€ - e ao valor da adjudicação - 82.250,00€, considerando que o bem foi adquirido pelo próprio credor hipotecário.

Na sequência do requerimento do mutuário, vem o credor Banco alegar que, *(...na qualidade de credor reclamante, apresentou a sua reclamação de créditos (...) no valor global de 128.606,91€ (...); que o valor mencionado corresponde ao valor em dívida (...) e corresponde ao valor proveniente do incumprimento do contrato de mútuo com Hipoteca subjudice; que o imóvel foi adjudicado pelo valor de 82.250,00€, porquanto se verifica ainda a existência de um valor em dívida perante o Credor no valor de 46.356,91€ (...), pelo que não pode o ora Requerente considerar a dívida liquidada*". Vem portanto o credor Banco exigir o pagamento do remanescente em falta até aos 129.521,52€ - os tais 46.356,91€.

Está assim posta a dicotomia trazida ao crivo da jurisdição Estadual, nomeadamente de que o mutuário entende que tendo sido atribuído ao imóvel o valor base de 117.500,00€, precisamente o valor pedido em mútuo, e ter sido adjudicado ao próprio credor, deve a entrega do imóvel remir a dívida em causa, ao que o credor contrapõe afirmando que tendo sido apenas gerando o valor de 82.250,00€ no processo de execução judicial, e havendo em dívida o valor de 129.521,52€, ainda faltaria pagar os tais 46.356,91€ (remanescente da simples subtração de 82.250,00€ a 128.606,91€) por força de o valor da adjudicação apenas extinguir na sua medida no montante em dívida.

Vem o Tribunal de 1ª instância de Portalegre argumentar nos seguintes termos, favorecendo o devedor mutuário:

Em primeiro lugar:

“A total procedência da pretensão do credor Banco ..., S.A. (...) configuraria uma situação de abuso de direito na modalidade de desequilíbrio no exercício de direito porquanto, sendo titular de um direito de crédito, formal e aparentemente exigível por incumprimento contratual, a sua executoriedade e reconhecimento judicial desencadearia resultados totalmente alheios ao que o sistema poderia admitir (...), em consequência do seu normal e regular exercício”. É que através de um exercício de um direito, *“o credor, mercê de um processo judicial executivo legítimo e válido, dispõe agora de um bem pela quantia de 82.250,00€, pretendendo manter-se na titularidade ativa de um crédito funcionalizado ao valor do bem de 117.500,00€”*.

Refere o Tribunal que *“este exercício, apesar de regular na aparência do Direito adjetivo - aquisição por 70% do valor patrimonial - afigura-se-nos que acarreta uma*

consequência iníqua ao nível do direito substantivo que seria a circunstância de os inventariados se obrigarem a um complexo de créditos em função de um valor da coisa (valor esse participado pelo credor no processo negociativo e em instância executiva), ficarem na indisponibilidade desse bem e manterem-se na obrigação de pagamento por incumprimento de mútuo de escopo no valor total 117.500,00€”.

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

Em segundo lugar:

Argumenta ainda o Tribunal que “*o desequilíbrio no particular exercício deste direito de crédito encontra cobertura mediata num dos princípios basilares do Direito da Obrigações – o princípio do enriquecimento injustificado (...) previsto no art.º 473.º, n.º 1 do Código Civil*”. Defende o Tribunal que a variedade de abrangência da categoria de enriquecimento sem causa “*implica uma certa discriminação que torne exequível o que seja “incremento consciente e finalisticamente orientado de um património alheio” e assim, o art.º 473.º, n.º 2 inclui ainda no enriquecimento por prestação a hipótese de alguém realizar uma prestação “em vista de um efeito que não se realizou”. Trata-se da clássica *condictio ob rem*, que o BGB recebeu no §812, Abs. 1 e à qual a doutrina e jurisprudência alemãs tem apontados os seguintes pressupostos, que devem considerar-se igualmente como exigidos pelo art.º 473.º, n.º 2, in fine, do Código Civil:*

- a) A realização de uma prestação visando um determinado resultado;*
- b) Correspondendo esse resultado ao conteúdo de um negócio jurídico;*
- c) Sendo que esse resultado não se vem posteriormente a realizar.”*

Entende então que a aplicação do juízo inerente à *condictio ob rem* pode servir de esteio à fundamentação da posição ora enunciada porque “*o empréstimo celebrado entre os inventariados e o credor foi colocado ao serviço de uma específica condição – a aquisição de imóvel para habitação própria - sublinhando-se o nexo etiológico entre contração de dívida e disposição de habitação insito a qualquer mútuo de escopo.*

Essa contração de empréstimo visa um determinado resultado que no caso mais não é do que ter, dispor e usufruir de habitação própria. Prosseguindo, é o valor da coisa que

*conforma, nevralgicamente, o complexo de obrigações principais e acessórias entre os inventariados – compradores e mutuários; e o credor – mutuante e titular de garantia real, ou seja, o resultado visado – aquisição de habitação, corresponde ao conteúdo do negócio – mútuo de escopo. Por fim, com a venda executiva o resultado visado pelo negócio jurídico deixou de existir. Ao contrário dos pressupostos típicos do enriquecimento sem justa causa, a frustração do resultado derivou do incumprimento da prestação sinalagmática – pagamento remuneratório do empréstimo. No entanto, se a não realização do resultado se terá por lícita e legítima – cobrança executiva de prestação; o alcance dos seus efeitos chama à colação a tutela da *condictio ob rem*, por via do abuso de direito, e em função de desencadear consequências alheias ao sistema jurídico na sua globalidade”.*

Conclui assim o Tribunal que *“os inventariados são devedores porque contraíram dívida para obtenção de casa própria, resultado que deixou de representar qualquer benefício ou utilidade após a venda executiva, sendo que, no entendimento do credor, devem permanecer obrigados a uma prestação sinalagmática dessa mesma utilidade e na sua absoluta integralidade”*. Joga o Tribunal *“que, se a responsabilidade obrigacional dos inventariados deriva do mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; se o Banco (...) é credor dos inventariados em função de mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; se o incumprimento que funda a qualidade de credor do Banco (...) deriva de mútuo de escopo para aquisição de habitação própria no valor de 117.500,00€; então a perda desse resultado pelos inventariados e a aquisição dessa utilidade pelo credor deve ser considerada e contabilizada para o prosseguimento da dívida, abatendo-se ao passivo global”*.

Em terceiro lugar:

Afirma o Tribunal que o tal exercício por parte do credor consubstancia *“uma descaracterização da corresponsabilidade entre o dever de prestar dos inventariados e o direito à prestação do credor”*. *“(…) Deste modo, a tutela do incumprimento e a faculdade do recurso à tutela executiva não podem ignorar ou desmerecer o particular equilíbrio como definido no momento da celebração do negócio. Não pagando o mútuo, os devedores são responsáveis pelas prestações vincendas, pela mora remuneratória e eventualmente indemnizatória, submetendo-se ao acionamento da garantia real que cauciona o pagamento do crédito pela venda do bem à frente de outras dívidas”*.

Conclui o Tribunal no seguinte:

“Permitir que os inventariados sejam responsabilizados pelo incumprimento da prestação, perdendo a disposição do bem por um valor marcadamente inferior ao valor referencial daquele mesmo incumprimento, redundaria, cremos nós, na afirmação de que autonomia privada pode, para o sistema judicial, significar arbitrariedade privada. De contrário, querendo ter um bem, para exercício de direito constitucionalmente garantido, de um certo valor, acordaram em vincular-se pelo mesmo valor, comprometendo-se à entrega remuneratória desse valor e ao pagamento dos danos do incumprimento, onerando o bem, os inventariados, após tutela executiva, ficariam sem esse mesmo bem, desvalorizado em 30%, sem que a dívida refletisse essa desconsideração.

Assim, considerando o valor patrimonial do bem adjudicado nos autos – 117.500,00€; o valor da adjudicação – 82.250,00€; a posição do adquirente enquanto credor hipotecário de empréstimo concedido aos inventariados no valor de 117.500,00€ e o valor do passivo aprovado antes da adjudicação – 129.521,52€, (...); entendemos que deve ser reconhecida a dívida dos inventariados, (...) ao Banco (...) no valor de 12.021,52€ (doze mil e vinte e um euros e cinquenta e dois cêntimos), resultante da subtração de 117.500,00€ – valor patrimonial do bem adjudicado, ao passivo anteriormente aprovado de 129.521,52€”.

Portanto decidiu o Tribunal que, tendo sido adjudicado o imóvel ao credor, deve ser considerado no cumprimento do valor em dívida o valor do bem considerado como valor base de execução (117.500,00€) e não o valor efetivamente gerado pela adjudicação (82.250,00€) pelo que deve, o mutuário, apenas continuar a pagar a diferença calculada pela subtração dos 117.500,00€ ao valor em dívida de 129.521,52€.

Não se trata aqui de admitir que a entrega da casa ao Banco extingue as dívidas do mutuário mas sim admitir que, tratando-se de venda ou adjudicação ao credor, deve ser considerado o valor real do imóvel, considerado no processo, em função da sua medida no montante em dívida e não apenas o valor da adjudicação.

Neste sentido, na sua essência, já haviam sete decisões de 1ª instância semelhantes a esta, do Tribunal de 1ª instância de Portalegre, nomeadamente quatro na madeira e três no continente³⁰.

³⁰ Segundo o Boletim da Ordem dos Advogados n.º 79/80, de Junho/Julho de 2011, pág. 13 *In* http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/boa79_p13.pdf

2. Decisão do Tribunal da Relação de Évora

Na sequência da decisão do Tribunal de 1ª Instância de Portalegre, com aqueles fundamentos, o Banco credor recorreu da decisão para o Tribunal da Relação de Évora.

O Banco credor tendo perdido a ação na 1ª instância no Tribunal de Portalegre, viu a decisão ser alterada definitivamente pela Relação de Évora. Dessa decisão não houve mais recurso porque aquele processo não admitia recurso dessa decisão devido ao valor do processo não permitir recorrer para um tribunal superior. Mas vejamos agora os fundamentos do Tribunal da Relação de Évora que veio favorecer a posição do credor Banco.

Em súmula, veio assim Tribunal da Relação de Évora fundamentar no sentido de que a entrega de um imóvel ao banco não extingue as obrigações do mutuário quando a venda ou adjudicação do imóvel é inferior ao valor em dívida. Sustentam que *"contrariamente ao defendido na decisão recorrida, não se nos afigura possível impedir o prosseguimento da execução após adjudicação ao exequente [o BCP, único interessado na compra] no bem hipotecado, quando a dívida exequenda não se encontre integralmente paga, porque o valor da venda do imóvel é insuficiente"*.

De notar que esta decisão foca-se no fato de a venda ou adjudicação, em processo de execução judicial, é em função do cumprimento na dívida, pelo que quaisquer valores gerados pela execução devem abater na sua medida na dívida total. Defendem assim que se no processo apenas foi gerado parte do valor em dívida, derivado da adjudicação do bem ao credor, deverá o mutuário extinguir o restante valor em dívida até extinguir a totalidade em dívida.

De realçar que este Tribunal focou a atenção, apenas, no regime das obrigações, tendo passado ao lado de toda uma fatispécie concreta que molda os direitos das partes e desconsiderou que um caso concreto tão complexo diversas fontes são chamadas a regular o caso e essas fontes devem ser conjugadas e refinadas de acordo com toda uma fundamentação teleológica e valorativa que a globalidade do ordenamento jurídico considera e nunca uma única fonte deve ser considerada de forma isolada desconsiderando a fatispécie que molda e tolda os direitos das partes e desconsiderando as restantes fontes chamadas ao caso. É que o Direito é muito mais do que apenas a norma do art.º 816 n.º2 CPC e, na interpretação e aplicação dessa norma, deve ser considerada a sua fundamentação em consonância com o restante ordenamento jurídico chamado a regular o caso concreto de modo a que essa norma ocupe o devido papel concebido pela globalidade do sistema jurídico.

3. Decisão da Audiência provincial de Navarra de 17 de Dezembro de 2010

Também em Espanha alguns Tribunais sustentaram que, virtualmente, a adjudicação ao banco exequente, no âmbito de uma execução da casa adquirida com recurso a crédito à habitação que deixou de ser pago, pode ser suficiente para saldar a respetiva dívida, independentemente de o valor pelo qual foi adjudicada ser inferior ao valor da quantia exequenda.

Antes de mais importa salientar que o regime jurídico Espanhol difere, em grande parte, do sistema no nosso ordenamento jurídico nacional, aliás difere de grande parte das ordens jurídicas estrangeiras próximas da nossa. À exceção de Espanha³¹, o procedimento para efetivar o direito de hipoteca é a via judicial ou, como dizem os alemães, a execução forçada através de um processo de execução judicial.

Mas aparte as diferenças particulares dos regimes jurídicos, o conteúdo e alcance a discutir enquadra-se no mesmo contexto e sendo assim importa compreender o que foi decidido em Espanha.

A decisão da Audiência Provincial de Navarra, tal como a decisão do Tribunal de Barcelona, não dispensando a consulta do processo, foi proferida no âmbito de uma execução hipotecária, à semelhança do que sucede em Portugal, onde o Banco credor, em sede de execução, após adjudicação do imóvel hipotecado por um valor inferior ao da avaliação efetuada no momento da concessão do empréstimo, pretendia o prosseguimento da execução para pagamento da diferença entre a quantia exequenda e o valor pelo qual o imóvel foi adjudicado. Ultime pretende o Banco credor em Espanha o mesmo que o Banco credor pretendia em Portugal, como acima já foi referido. Mas importa salientar e enquadrar as diferenças nos casos:

Ora a Audiência Provincial de Navarra, ao debruçar-se sobre essa problemática particular veio sustentar que, apesar de o valor considerado na adjudicação corresponder a 50%³² do valor da avaliação do imóvel, a avaliação do imóvel é que deve ser considerado no momento de saldar a dívida no caso de a alienação do imóvel ser, em processo de

³¹ Em Espanha a execução da hipoteca é extrajudicial, apesar de se cruzar com momentos judiciais, através do procedimento especial de execução hipotecária. Ver texto de MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling, *Particularidades da execução da Hipoteca - Comparação com o sistema espanhol*, In <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/dra-isabel-meneres/downloadFile/file/imc.pdf?nocache=1210676672.22>

³² Em Portugal atualmente os limites mínimos de venda ou adjudicação terá de ser 85% do valor da avaliação, nos termos do Código do Processo Civil.

execução, ao banco credor que constitui-o garantia sobre esse bem.

Quanto aos fundamentos, importa referir que a sentença da Audiência Provincial de Navarra sustentou que o direito que o credor pretendia exercer, de prosseguir com a execução para pagamento do valor remanescente, não constitui-a abuso do direito. Neste sentido a sentença em causa veio considerar que, do ponto de vista formal e estrito do direito, não se estava perante uma situação de abuso do direito, uma vez que a lei processual permite ao exequente solicitar o prosseguimento da execução quando o valor dos bens adjudicados não for suficiente para cobrir a quantia exequenda.

4. Decisão do Tribunal de Barcelona

Esta decisão remete para a avaliação feita pelo Banco no momento da concessão do empréstimo e estabelece que, como esta considera um valor superior ao montante em dívida, não se justifica que a execução prossiga para pagamento do capital e juros de mora. No entanto, a fundamentação desta sentença explora linhas de raciocínio que importa analisar e mencionar, apesar de ser num contexto de um regime jurídico diferente. O Tribunal de Barcelona acrescenta e argumenta que é o próprio banco que toma como referência o valor da avaliação quando incorpora o bem no seu balanço. Afirma o Tribunal que o exequente Banco, como a generalidade das entidades bancárias, considera exclusivamente o valor da adjudicação no âmbito da ação executiva, para assim prosseguir com a execução pelo valor da diferença entre esta e o valor da quantia exequenda, mas considera o valor da avaliação quando reconhece o imóvel no seu balanço. Assim, o tribunal considera que o banco, uma vez que este reconhece o bem no seu balanço pelo valor da avaliação efetuada aquando da concessão do crédito (e não pelo valor da adjudicação), se encontra ressarcido neste montante, pelo que a sua pretensão de prosseguimento da execução constitui um abuso de direito.

Assim este Tribunal tem em conta o valor de mercado do imóvel e não o valor realizado no processo quando se trata de alienação ao próprio credor que constitui-o a garantia especial. Vai mais longe neste ponto o Tribunal de Barcelona ao afirmar que é sobre esse valor de mercado, que no caso espanhol se afere pela única avaliação feita no momento da concessão de crédito, que o banco considera nas suas contas de balanço.

CAPÍTULO II - CONTRATO DE MÚTUO

Particularmente neste capítulo, atento a questão principal - se a alienação do imóvel extingue ou não a obrigação do mutuário - cumpre entender o regime do contrato de mútuo, já que é este tipo de contrato que está na base de toda a relação jurídica trazida aqui em análise, e sobretudo cumpre entender que implicações terá na extinção das obrigações do mutuário ao ser executado o seu património por incumprimento definitivo. Nesse aspeto caberá compreender se existem diferenças, em termos de regime, na extinção das obrigações quando o mútuo é comercial e quando é bancário comparativamente com o mútuo civil típico.

Outra questão essencial a responder neste capítulo, prende-se com o escopo ou destinação do mútuo já que alguns tribunais têm incorporado esse fato na sua fundamentação. É que muitas vezes é celebrado um contrato de mútuo com limitações, exigindo-se a aplicação do capital mutuado a um escopo ou destinação e que no caso será a aquisição do imóvel. Caberá saber se essa destinação ou escopo do mútuo (a aquisição do imóvel) limita ou não a responsabilidade do mutuário a esse escopo (imóvel) em caso de execução da dívida. Sendo assim será fulcral entender o regime do contrato de mútuo.

1. Contrato de Mútuo

Ora se o banco empresta determinada quantidade de dinheiro a outrem - para aquisição de habitação, estamos perante um contrato de mútuo, mútuo esse de natureza especial face às suas características. É que o “empréstimo” de dinheiro pelo banco a um cliente não será um mútuo civil, como terei oportunidade de referir, mas considerando a escassa regulação legal para o mútuo comercial e para o mútuo bancário é imprescindível o recurso subsidiário às normas do mútuo civil típico previsto no Código Civil, por força do art.º 3 do CCom. E é por aí que iniciarei o raciocínio.

Começo por referir que o contrato de mútuo típico^{33 34}, constante no art.º 1142º CC, revela algumas notas caracterizadoras (fato gerador, sujeitos, objeto do contrato e obrigações).

³³ Ver GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Vol. III, *Contratos em Especial (artigos 874º a 1250º)*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2014, pág. 332.

³⁴ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *Contratos em Especial*, 3ª Edição, Editora Almedina, pág. 388.

Em primeiro lugar temos **o fato gerador da relação jurídica**, fato esse que faz nascer e molda definitivamente a relação jurídica de modo especial. O fato gerador, neste caso, é o contrato de mútuo (art.º 405 e segs e art.º 1142 e segs do CC).

O segundo elemento caracterizador diz respeito aos sujeitos intervenientes neste tipo de relação. Neste tipo de contrato temos, em regra³⁵, quanto **aos sujeitos**, uma relação intersubjetiva em que uma parte é designada de **mutuante** (que empresta certa coisa a outrem) e a outra de **mutuário** (que recebe a coisa emprestada).

O próximo elemento caracterizador diz respeito **ao objeto do contrato**, ou seja, o que é emprestado é dinheiro ou outra coisa fungível. A fungibilidade da coisa, a que a lei se refere no art.º 1142º CC, é no sentido de a coisa mutuada ser suscetível de ser substituída, aquando da restituição, por outras do mesmo género e qualidade (art.º 207º CC). Aqui a coisa a restituir pode não ser a mesma que foi mutuada já que a coisa mutuada passa a ser propriedade do mutuário e porque, p.e. no caso de coisa fungível perecível, pode essa coisa deixar de existir. O que importa reter é que, por força do mútuo, nasce uma obrigação para o mutuário de restituir uma outra coisa, ou coisas, do mesmo género e qualidade.

O último elemento caracterizador diz respeito **às obrigações**. Como se sabe, este contrato gera obrigações sinalagmáticas^{36 37}, nomeadamente a obrigação do mutuante entregar, ou de se obrigar a entregar, a coisa ao mutuário e a obrigação do mutuário restituir outro tanto do mesmo género e qualidade ao mutuante e, por se tratar de um mútuo oneroso, a obrigação de entregar também os juros sobre a coisa mutuada.

Nisso o mútuo é um contrato pelo qual uma das partes empresta à outra, dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade³⁸.

Como referi acima, o “empréstimo” de dinheiro pelo banco a um cliente não será um mútuo civil por força da qualificação dos sujeitos e do tipo de relação subjacente. Neste

³⁵ Como exceção, para além destes sujeitos podem surgir outros, quer sejam coobrigados e portanto mais do que um mutuante e mais do que um mutuário mas também podem surgir por exemplo garantes, fiadores.

³⁶ Doutrina diverge e entende que em certos casos o mútuo é não-sinalagmático.

³⁷ Sobre as obrigações sinalagmáticas do contrato de mútuo ver MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, 3º Volume, *Contratos em Especial*, 2ª Edição revista e ampliada, Lisboa, 1991, pág. 224 a 232.

³⁸ Ver GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Vol. III, *op. cit.*, pág. 332.

caso, apesar de manter as suas características do mútuo na sua expressão civilística³⁹, o mútuo é comercial, portanto oneroso, e é bancário pois estamos perante uma das operações bancárias previstas no art.º 362 CCom⁴⁰. Sendo assim caberá de seguida a explicação deste tipo de regimes e saber ultime se a qualificação especial do mútuo, sendo comercial e bancário, gera efeitos particulares importantes a ter em conta na decisão.

1.1 Mutuo Comercial

O mútuo comercial, ou empréstimo mercantil⁴¹, é uma outra das modalidades de mútuo, que é regulado pelos art.º 394º a 396º CCom. Nos termos do primeiro destes artigos, o mútuo é comercial quando a “...coisa cedida seja destinada a qualquer ato mercantil”. A natureza comercial do mútuo pode resultar de um elemento objetivo - o destino comercial da coisa cedida, ou subjetivo - por força da qualidade de comerciante de uma das partes.

Posto isto, existem duas diferenças fundamentais entre o mútuo comercial e o mútuo civil, designadamente a onerosidade do mútuo comercial independente da expressão de vontade das partes nesse sentido, nos termos do disposto no art.º 395º CCom., o que quer dizer que o mútuo comercial é sempre oneroso. No mútuo civil, de acordo com o art.º 1145º CC, presume-se a gratuitidade do mesmo, exceto se as partes convencionarem o pagamento de juros como retribuição do mútuo ou haja dúvida quanto à gratuitidade ou onerosidade do mesmo já que no caso de dúvida presume oneroso.

Existem também diferenças na forma do mútuo já que no mútuo civil, de acordo com o art.º 1143º CC, o mútuo de valor superior a € 25 000 só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado e o mútuo de valor superior a € 2500 só é válido se o for por documento assinado pelo mutuário.

Já o mútuo celebrado entre comerciantes (mútuo comercial) admite todo o género de prova, o que na prática corresponde a uma liberdade de forma.

Sendo assim, nenhuma particular diferença se revela importante para a questão de fundo trazida em discussão nesta dissertação.

³⁹ Ver Acórdão da Relação do Porto de 24/11/2009, Processo 117/07.0TBSJP-A.P1.

⁴⁰ São comerciais todas as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis, e em especial as de câmbio, os arbítrios, os empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador.

⁴¹ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *op. cit.*, pág. 418.

1.2 Mútuo Bancário

O mútuo bancário consubstancia uma das operações bancárias previstas no art.º 362º CCom., que dispõe que “*são comerciais todas as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis, e em especial as de câmbio, os arbítrios, os empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador*”.

Perante o exposto, como se pode perceber, o mútuo bancário⁴² é classificado como um ato comercial e, como tal, oneroso, pelo que, a obrigação de o mutuário restituir o *tantundem* é acrescida do pagamento de juros. Na senda de ENGRÁCIA ANTUNES⁴³, designa-se de "empréstimo" ou mútuo bancário “*o contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (tantundem), acrescido dos respetivos juros*”⁴⁴.

O mútuo bancário tem uma especialidade de forma⁴⁵ relativamente ao mútuo civil, uma vez que “*os contratos de mútuo ou de usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante*”⁴⁶.

A salientar importa apenas referir que ao mútuo bancário aplicam-se as regras específicas do DL n.º 344/78, de 17 de Novembro, com as alterações sucessivamente introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 83/86, de 6 de Maio, e n.º 204/87, de 16 de Maio. Para além disso encontramos também regras específicas no tocante a juros, sendo que, atualmente, as taxas de juros bancários estão praticamente liberalizadas⁴⁷, conforme o n.º 2 do Aviso n.º 3/93, de 20 de Maio de 1993, que dispõem 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*”.

⁴² Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *op. cit.*, pág. 419.

⁴³ Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Contratos Bancários, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Separata, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 98.

⁴⁴ Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Contratos Bancários*, *op. cit.* pág. 96.

⁴⁵ Ver Acórdão da Relação do Porto de 11/01/2007, Processo n.º 0635963

⁴⁶ Cfr. artigo único do DL n.º 32.765, de 29 de Abril de 1943

⁴⁷ Ver neste sentido, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Manual de Direito Bancário*, Almedina Editora, Lisboa, 2001, pág. 582 e ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Contratos Bancários*, *op. cit.* pág. 98.

Vimos assim que a qualificação especial do mútuo como comercial e como bancário não altera, em nada, os aspetos caracterizadores do mútuo civil, especialmente quanto à extinção das obrigações. Varia apenas quanto à prova e forma do mútuo e quanto à onerosidade do contrato.

Vejamos agora se a destinação ou escopo do mútuo (para aquisição do imóvel) limita ou não a responsabilidade do mutuário a esse escopo em caso de execução da dívida.

1.2.1 Mútuo Bancário de Escopo

Geralmente, mas sem que tal constitua uma característica essencial deste contrato, o mútuo bancário pode ter em vista um fim ou um escopo⁴⁸ específico a que o mutuário se obriga a aplicar o dinheiro. Se o empréstimo bancário for realizado tendo em vista um fim específico a que o mutuário se obriga a aplicar as quantias mutuadas então, neste caso, trata-se de uma modalidade atípica do mútuo, uma vez que na sua configuração típica o mutuante fica apenas com o direito à restituição do capital e juros e o mutuário com total disponibilidade para dispor livremente da coisa. No mútuo de escopo o mutuário não tem essa total disponibilidade mas sim uma obrigação acrescida de dispor a coisa tendente a uma finalidade.

Entre os mais utilizados contratos de mútuo de escopo, contemplados em legislação especial, destaca-se o crédito à habitação e o crédito automóvel.

A doutrina identifica três categorias de mútuo de escopo: o mútuo de escopo legal, o mútuo de escopo legal facilitado e o mútuo de escopo voluntário, consoante o escopo do empréstimo tome em consideração interesses públicos ou meramente privados.⁴⁹

No mútuo de escopo legal, estamos perante financiamentos legalmente estabelecidos para determinados fins, em que o mutuante é uma instituição financeira e o mutuário uma entidade com requisitos legalmente estabelecidos e que fica adstrito a utilizar a quantia mutuada para os fins legalmente previstos, através de cláusula de destinação.

No mútuo de escopo legal facilitado, estamos perante empréstimos concedidos por força da intervenção do estado ou de outro ente público, que atribui certas subvenções para facilitar a concessão de crédito, ou concede ele mesmo, diretamente, o referido crédito, a taxas mais baixas do que as do mercado, obrigando-se o mutuário à aplicação do

⁴⁸ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. III, op. cit., pág. 423.

⁴⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. III, op. cit. pág. 424.

financiamento a um fim determinado, que é assim objeto de incentivo público. É o caso de empréstimos à aquisição de habitação que, até ao DL n.º 305/2003, de 9 de Dezembro, eram objeto de bonificação de juros⁵⁰, sendo atualmente objeto de subvenção pelo Estado, através da possibilidade de dedução à coleta em IRS de parte do capital amortizado.⁵¹

Por fim, no mútuo de escopo voluntário, não há imposição legal de aplicação das quantias mutuadas a um fim convencionado, mas sim limites convencionados à utilização das quantias mutuadas. Aqui o limite imposto, por força da liberdade estipulação das partes, será a aplicação do capital mutuado a um determinado objetivo – como será o caso da aquisição de determinado bem e que espelha o caso em análise. Ora no caso trazido aqui estamos precisamente perante um empréstimo bancário para aquisição de habitação, ou melhor, perante um mútuo bancário de escopo voluntário para aquisição de habitação.

2. A existência do escopo limita a responsabilidade do mutuário a esse escopo?

É discutida na doutrina a natureza real ou consensual do mútuo de escopo, tendo já sido defendida a natureza consensual do mesmo⁵². Nesse sentido, argumentou-se que o escopo ou cláusula de destinação resulta de mais uma obrigação assumida pelo mutuário - a de destinar o capital mutuado a um fim - e não como um elemento constitutivo do contrato. Sendo assim o contrato gera os seus efeitos normais pelo fato de ser celebrado, constituindo o escopo uma obrigação acrescida do mutuário e não um elemento constitutivo do contrato. Por outro lado, a doutrina também tem atribuído natureza sinalagmática ao mútuo de escopo, por força da natureza corresponsiva da obrigação de escopo^{53 54}. Na senda de MENEZES LEITÃO, e também no meu entendimento, as particularidades do mútuo de escopo não são suscetíveis de afastar a sua qualificação como mútuo, uma vez que a aplicação do dinheiro a um fim diferente do convencionado

⁵⁰ Sem prejuízo de a Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio e a Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, já vedarem a possibilidade de novas operações de crédito bonificado à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro.

⁵¹ Cfr. Art.º 85.º, n.º 1, a) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

⁵² Cfr ANGELO LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, I, Milano Giuffrè, 1995, pág. 3 e segs, Apud MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 425.

⁵³ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, op. cit. pág. 425.

⁵⁴ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, op. cit., pág. 423.

pode determinar a restituição antecipada do capital e juros, mas tal consequência também se verifica no incumprimento de outra obrigação acessória, como é o pagamento dos juros (cfr. art.º 1150º CC). Esta obrigação de aplicar as quantias mutuadas a um fim específico é o único elemento diferenciador do mútuo típico mas não implica alterações de fundo na estrutura normal do mútuo e sendo assim esta particularidade de escopo não será de afastar a sua qualificação e regime como mútuo típico (quanto ao fato, aos sujeitos, obrigações e objeto). Seja típico ou atípico, ou seja, havendo ou não havendo liberdade para aplicar livremente as quantias recebidas em mútuo, a verdade é que o mutuário recebe o dinheiro para retirar dele o aproveitamento que este proporciona, incorrendo numa obrigação de restituição de valor igual acrescido de juros.

Portanto quanto às obrigações, a principal obrigação do mutuário é, tanto no mútuo de escopo como no mútuo típico, a restituição do capital e entrega dos juros. É que o capital mutuado foi transferido da propriedade do mutuante para a do mutuário, apesar de ter em vista uma obrigação de aplicação desse capital a um fim específico – a aquisição de habitação. Será assim de afirmar que o escopo do mútuo é uma vinculação acrescida, mais uma obrigação com origem em convenção, a juntar às obrigações típicas de restituição do capital mutuado e dos juros, não havendo qualquer fundamento que justifique a interpretação de que a existência de um escopo limite a responsabilidade do devedor a esse bem adquirido por força do escopo.

Digamos que o escopo constitui uma obrigação a ser cumprida *ab initio* e essencial para a procedência do mútuo, já que se o capital mutuado for aplicado em fim diverso do clausulado isso implicará a responsabilidade contratual, última anulabilidade do contrato de mútuo pelo credor com a consequente restituição do capital mutuado, juros que sejam devidos ao tempo e indemnização civil.

Compreendida está a natureza do contrato em causa, particular quanto ao regime da extinção das obrigações daí decorrentes, chego à conclusão de que o contrato de mútuo bancário de escopo voluntário, atípico que é, não limita a responsabilidade do mutuário ao escopo do contrato mas antes constitui uma obrigação acrescida, face às obrigações típicas do mútuo civil, a ser cumprida *ab initio*.

Sendo assim caberá, de seguida, compreender as garantias conferidas ao credor perante o incumprimento do devedor – regime das garantias das obrigações – e particular se a garantia real de hipoteca limita a responsabilidade do devedor ao bem hipotecado. Nesse sentido cumpre aferir a finalidade concreta das garantias das obrigações, e se as garantias gerais ou especiais limitam a responsabilidade do devedor a essas garantias.

CAPÍTULO III – GARANTIA GERAL E ESPECIAL DAS OBRIGAÇÕES

1. Garantias Gerais das Obrigações

Neste capítulo cumpre fazer algumas referências quanto ao regime das garantias e fazer referência se haverá situações em que o património do devedor não responde totalmente pelas suas obrigações.

Ora quanto ao regime das garantias gerais das obrigações, digamos que este assenta no princípio do património como garantia geral e no princípio do património como garantia geral comum.

1.1 Património como Garantia Geral:

Refere o art.º 601 do CC, sob a epígrafe de “*Principio Geral*” que “*pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios*”. Quer isto dizer que todo o património do devedor serve como garantia das obrigações assumidas, constituindo uma garantia geral das obrigações, respondendo por todas as dívidas do devedor^{55 56 57}. Portanto o património do devedor é garantia geral das obrigações porque aquele cobre a generalidade das obrigações do titular, à exceção das obrigações naturais que são inexequíveis (art.º 404º CC).

1.1.1 Haverá situações em que o património do devedor não responde pelas dívidas?

Regra geral quer dizer que todo o património do devedor responde pelas suas dívidas, contudo existem exceções podendo, nesses casos, algum ou nenhum património do devedor responder pelas suas obrigações. Quais são essas exceções?

São exceções, àquela regra geral, os casos dos regimes especiais de separação do património, os casos em que a lei estabelece uma ordem de bens a penhorar em primeiro lugar (art.º 751 CPC) e na medida suficiente para cobrir o valor da dívida e das custas

⁵⁵ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das obrigações*, 7º Edição, Almedina, pág. 749 e segs.

⁵⁶ Ver GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *Direitos das Obrigações (artigos 397º a 873º)*, Quid Juris Editora, 2014, anotações do art.º 601, pág. 372.

⁵⁷ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *Transmissão e Extinção das Obrigações, não cumprimento e garantias do crédito*, 7ª Edição, Editora Almedina, pág. 301 e 302.

(art.º735 n.º3 CPC), os casos em que a lei estabelece que certos bens são totalmente, relativamente ou parcialmente penhoráveis e os impenhoráveis (art.º 736 a 739 CPC), os casos das preferências legais dadas a certos bens – p.e. o caso das garantias especiais -, os casos das preferências voluntárias, desde que se trate de matéria disponível às partes⁵⁸, em que por convenção das partes se clausule a limitação da responsabilidade de que certos bens respondem, em primeiro lugar, pelas dívidas perante outros bens ou se convencionou que apenas certos bens é que respondem pelas dívidas limitando-se a responsabilidade do devedor a algum ou alguns bens (art.º 602º CC).

Uma situação relevante a abordar, dentro da liberdade de estabelecer preferências voluntárias, seria de saber se podem as partes acordar sobre a total irresponsabilização do mutuário em caso de este incumprir, p.e. através de uma cláusula de irresponsabilização do devedor. Tal desenvolvimento, apesar de pertinente, sairia do âmbito delimitado pelo tema trazido aqui a discussão, pelo que não será aqui desenvolvido a questão da cláusula de total irresponsabilização do devedor. Digamos apenas que é aceite que podem as partes, desde que se trate de matéria disponível às partes, acordar que certo bem ou bens responderão em primeiro lugar pelo incumprimento da obrigação assumida, sugerindo o mesmo espírito do regime previsto no art.º 751 CPC (em que certos bens respondem em primeiro lugar pelo incumprimento) ou acordar que as partes podem clausular que apenas certos bens é que respondem pelas obrigações (art.º 602º CC), sugerindo neste caso o mesmo espírito do regime das garantias especiais, p.e hipoteca. Particular é que nestes casos é necessário que a respetiva preferência voluntária seja registada⁵⁹ a fim de poderem ser oponíveis aos restantes credores e se poder identificar, em execução, as preferências e graduações entre credores.

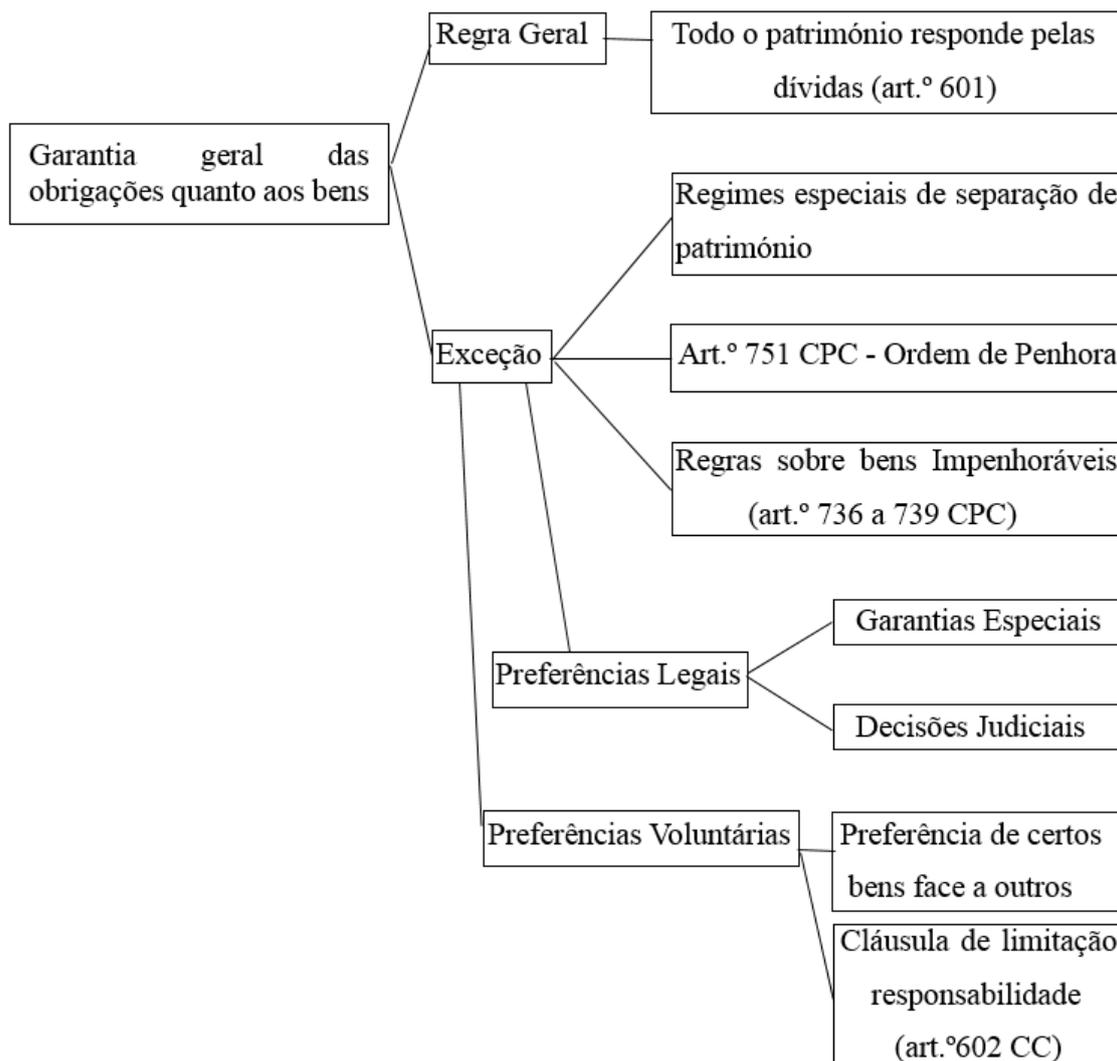
Quanto ainda à exceção que resulta dos regimes especiais da separação de patrimónios, digamos que estamos aqui perante os casos do casamento com separação de bens ou a separação de fato, comunhão ou compropriedade. Quanto ao regime dos bens totalmente, relativamente ou parcialmente impenhoráveis, digamos que como vimos, por regra, todo

⁵⁸ A generalidade das obrigações nascidas *ex lege* são obrigações cujo regime não cabe na disponibilidade das partes já que às partes não é lícito criar obrigações naturais fora dos termos em que a lei prevê a sua existência e implantação.

⁵⁹ Sendo registadas ganham força semelhante às garantias especiais legais, para efeitos de preferência e graduação entre credores.

o património do devedor responde pelas obrigações assumidas mas para além disso nem todos os bens do devedor são livremente penhoráveis, ou seja, há bens que são impenhoráveis e outros que são apenas passíveis de penhora parcial. A impenhorabilidade dos bens pode ser total ou relativa conforme alude os art.º 736 e 737 CPC respetivamente e os bens parcialmente penhoráveis são os que resultam do estabelecido no art.º 738 CPC.

Vejamos um esquema sobre as exceções, à regra geral prevista no art.º 601 CC:



1.2 Património como Garantia Geral Comum:

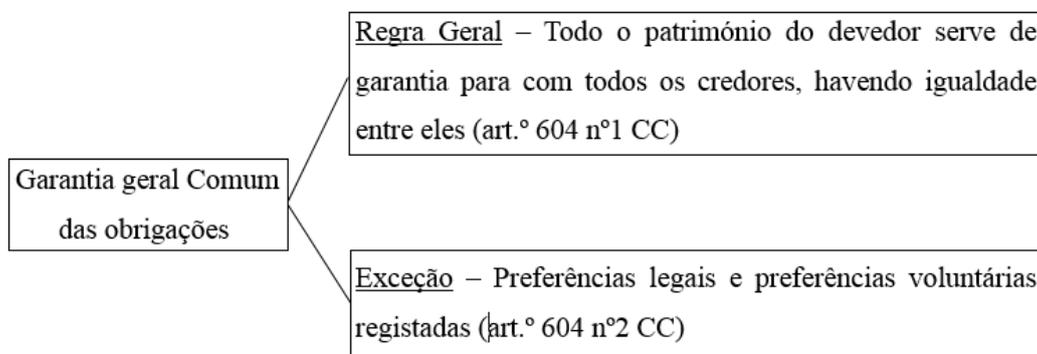
Para além do património pessoal constituir, em regra, garantia geral das obrigações (art.º 601 CC), este também constitui garantia comum das obrigações, ou seja, o património do devedor serve de garantia para com todos os credores, e entre estes, de modo igual. A isto

se chama de princípio *par conditio creditorum*^{60 61}, onde assenta, e nisto faz referência, o art.º 604 n.º 1 do CC. Quer isto dizer que se existirem diversos credores legítimos e não gozando nenhum deles de qualquer causa de preferência (quanto ao credor) todos eles terão direito, em igualdade de preferência, a serem garantidos de modo proporcional com o património do devedor.

A exceção a esta regra geral, de garantia geral comum, sucede no caso de haverem preferências legais (garantias especiais ou decisões judiciais) ou preferências voluntárias registadas (causas legítimas de preferência derivadas de convenção e devidamente registadas)

Por exemplo “*são causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção*”⁶² (art.º 604 n.º2 CC).

Portanto tendo um credor uma causa legítima de preferência perante o património do devedor, significa que o credor é garantido em preferência quanto aos outros credores, ou seja, há aqui uma exceção ao princípio de garantia geral comum do património do devedor.



Portanto, em regra, todo o património do devedor responde pelas suas obrigações assumidas e, para além disso, esse património é garante perante todo e qualquer credor legítimo não havendo, regra geral, entre credores preferência nem graduação de uns perante os demais.

⁶⁰ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das obrigações*, op. cit., pág. 749 e segs.

⁶¹ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. II, op. cit., pág. 301 e 302.

⁶² Para além de outras admitidas na lei, ou seja, sem prejuízo de outras causas legítimas de preferência estarem previstas no código civil ou em diploma diverso.

Nisso todo o património do devedor, fora do contexto comercial, responde pelas suas obrigações assumidas, desde que não sejam obrigações naturais, à exceção do património que não possa responder em função dos regimes especiais derivados da separação de patrimónios, das preferências voluntárias ou legais (quanto aos bens), das regras estabelecidas no art.º 751 CPC e dos bens que sejam total, relativamente ou parcialmente impenhoráveis.

Para além disso todo este património é garante das obrigações perante todo e qualquer credor sem preferência entre estes, exceto quando haja preferência de credores derivado de preferências legais (garantias especiais) ou de preferências voluntárias registadas.

Assim a garantia geral das obrigações, é constituída não por todo o património do devedor, como à partida se poderia pensar, mas apenas pelos bens componentes desse património que sejam suscetíveis de penhora sem prejuízo de todo o circunstancialismo acima referido, e nisto já faz referência o art.º 735 CPC ao referir claramente que “*estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda*” salvaguardando ainda os casos em que respondam bens de terceiros – “*nos casos especialmente previstos na lei, podem ser penhorados bens de terceiro, desde que a execução tenha sido movida contra ele*”.

2. Garantias Especiais das Obrigações

Podemos ter como fonte de garantias especiais, a lei, as decisões judiciais e a convenção das partes, e assim, para além das garantias especiais previstas no código civil, temos garantias especiais previstas no código comercial, no código do processo civil, as decretadas por decisão judicial e as convencionadas pelas partes^{63 64}.

Temos, previstas no código civil, algumas das garantias especiais das obrigações, particularmente indicadas no nº1 do art.º 604 -“*não existindo causas legítimas de preferência*” - e especificadas no nº2, -“*são causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio⁶⁵ e o direito de retenção*”. Para além destas são também, previstas no código civil, garantias especiais das obrigações, quando assim constituídas, a fiança, a subfiança e o mandato de crédito.

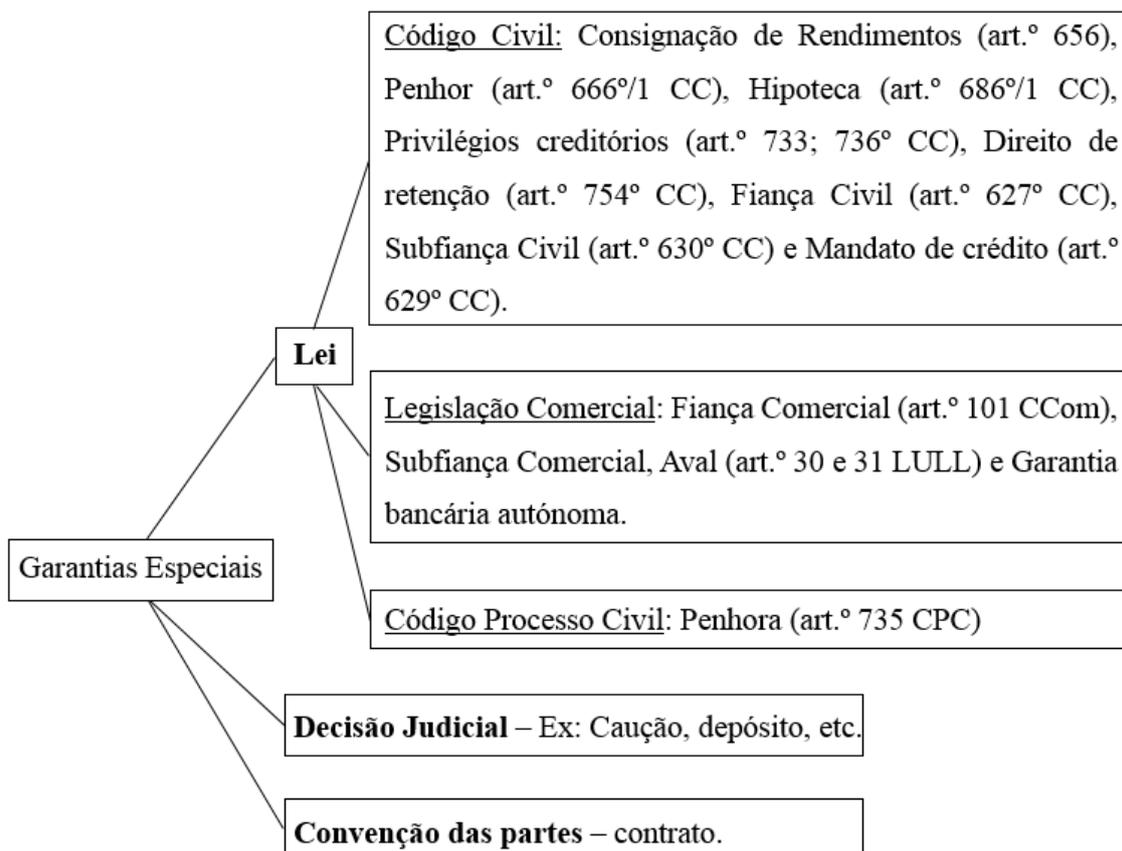
⁶³ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das obrigações*, 7ª Edição, Almedina, pág. 783 e segs.

⁶⁴ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. II, op. cit., pág. 323 e segs.

⁶⁵ Privilégios creditórios (art.º 733 e 736º CC).

Em legislação comercial também estão previstas certas garantias especiais das obrigações, nomeadamente a fiança comercial (art.º 101 C.Com), a subfiança comercial, o aval⁶⁶ (art.º 30 e 31 da LULL⁶⁷) e a garantia bancária autónoma.

Vejamos um esquema sobre as fontes das garantias especiais:



2.1 Garantias Especiais Pessoais

Está-se perante **garantias especiais pessoais**⁶⁸, quando um sujeito, que seja terceiro relativamente à relação obrigacional do devedor principal, responde com o seu património pelo cumprimento da obrigação. Quer dizer que estamos perante os casos em que o património de terceiro responde por dívidas de outrem. É que, quanto ao sujeito da

⁶⁶ Ver natureza, função e finalidade do Aval, In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2013 de 21-01-2013, *In*: bdjur.almedina.net

⁶⁷ Lei Uniforme relativa às letras e livranças, estabelecida pela Convenção assinada em Genebra, em 7 de Junho de 1930, aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 23721, de 29 de Março de 1934, e ratificada pela Carta de 21 de Junho de 1934

⁶⁸ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, op. cit. pág. 788.

garantia, por regra, é o devedor que responde com o seu património pelas obrigações assumidas nos termos do art.º 817 CC, contudo excepcionalmente pode responder o património de terceiro, mediante certos requisitos, conforme refere o art.º 818 sob a epígrafe de “*Execução de bens de terceiro*”, aludindo que “*o direito de execução pode incidir sobre bens de terceiro, quando estejam vinculados à garantia do crédito, ou quando sejam objeto de ato praticado em prejuízo do credor, que este haja procedentemente impugnado*”.

A nossa lei prevê as seguintes **garantias especiais pessoais**:

- a) Fiança (art.º 627º CC);
- b) Subfiança (art.º 630º CC);
- c) Aval
- d) Garantia autónoma bancária (art.º ...CCom)
- e) Mandato de crédito (art.º 629º CC).

2.2 Garantias Especiais Reais

Está-se perante **garantias especiais reais**⁶⁹, quando por convenção das partes, por estipulação da lei ou por decisão judicial, certos bens, o valor de certos bens ou o valor dos rendimentos de certos bens, respondem privilegiadamente pelo cumprimento da obrigação.

As garantias reais previstas na nossa lei são:

- a) A consignação de rendimentos (art.º 656º CC);
- b) Penhor (art.º 666º/1 CC);
- c) Hipoteca (art.º 686º/1 CC);
- d) Privilégios creditórios (art.º 733 e 736º CC);
- e) Direito de retenção (art.º 754º CC)
- f) Penhora (Código Processo Civil)

⁶⁹ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, op. cit. pág. 810.

2.2.1 A Hipoteca

A hipoteca é portanto uma garantia especial do cumprimento das obrigações^{70 71} que conforme refere o n.º 1 do art.º 686º CC “*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 de prioridade de registo*”. Particularidade da hipoteca, destacando-a das restantes garantias especiais das obrigações, é que o objeto da hipoteca são os imóveis ou móveis sujeitos a registo em conformidade com os arts.º 688, 689 e 691 CC.

Isto quer dizer que a hipoteca é meramente uma garantia (especial), para o credor, de que o devedor irá cumprir, sendo que o beneficiário da hipoteca pode satisfazer o seu crédito com o produto obtido pela venda, em processo executivo, do bem penhorado, tendo preferência sobre os credores comuns.

Salienta-se é que a hipoteca é uma garantia especial de cumprimento da obrigação pelo devedor, onerando o bem sobre o qual incide, mas a coisa hipotecada continua em poder de quem tem a sua posse⁷² (devedor ou terceiro – art.º 686º/nº1) e o titular (o devedor ou terceiro) do direito onerado⁷³, pela hipoteca, mantém todos os poderes que originalmente tinha⁷⁴, p.e disposição do direito de propriedade ou de gozo⁷⁵, bem como também os mantem os outros sujeitos que disponham de direitos reais sobre esse mesmo bem, p.e

⁷⁰ Ver GONZÁLEZ, José Alberto, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 4ª Edição (revista e aumentada), Quid Juris Editora, Lisboa, 2009, pág. 59 a 62.

⁷¹ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, op. cit., pág. 837 e segs.

⁷² Daí que o credor hipotecário não possa impedir qualquer negócio em que se transmita qualquer direito real sobre o bem, nem deduzir embargos de terceiro à penhora que incida sobre o bem penhorado conforme refere GONZÁLEZ, José Alberto, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, op. cit., nota de rodapé 105 pág. 60.

⁷³ Direito de propriedade ou outro direito real.

⁷⁴ Mantém os direitos até à execução efetiva do bem.

⁷⁵ O titular do direito, onerado pela hipoteca, antes de executada a penhora, pode onerar novamente esse direito com outra hipoteca ou alienar o direito de que é titular, isto porque para o credor hipotecário todas estas atuações são, em princípio, irrelevantes na medida em que o seu direito não é afetado por elas. Neste sentido tem acolhimento legal a nulidade de qualquer cláusula que imponha a proibição de inalienabilidade da coisa, conforme refere o art.º 695 CC e o terceiro que venha a aceitar aquela nova oneração ou alienação sabe que o respetivo bem tem preferência constituída quanto ao bem ou quanto ao credor, isto é, se for um novo credor sabe que será menos graduado e seguinte na preferência quanto àquele bem e se for um novo titular do direito real em causa sabe que aquele bem tem preferência registada e corre o risco de perder o bem ou parte do valor do bem correspondente ao crédito do credor mais graduado.

arrendatários, usufrutuários, etc. Mas tal também quer dizer que, transmitindo-se a propriedade do bem, por negócio entre o devedor e um terceiro, também se mantém a hipoteca e esse terceiro (comprador) ficará onerado com tal garantia, podendo apenas exigir a restituição ao vendedor, que é devedor na relação com o credor hipotecário, na medida do enriquecimento sem causa.

Por um credor dispor de uma garantia especial de hipoteca, tal não quer dizer que os restantes credores perdem as suas garantias quanto ao mesmo devedor. O que a hipoteca confere é uma preferência de um certo credor ser satisfeito em primeiro lugar face a outros credores menos graduados. Estes credores, tal como o próprio credor que não veja a totalidade do seu crédito ser extinto com a execução da hipoteca, vêm os seus direitos transferidos para o restante património do devedor (garantia geral comum) aplicando-se novamente sobre este restante património do devedor as regras das preferências, caso hajam, e graduação caso também exista.

Após a execução efetiva da hipoteca e terminada a penhora, sendo transferida a propriedade, gozo ou fruição, conforme o direito real atingido pela hipoteca⁷⁶, essa transferência é livre de quaisquer hipotecas existentes e o novo proprietário, usufrutuário ou titular de outro direito real sobre o bem, vê o bem em causa livre de quaisquer garantias especiais que sobre esse mesmo bem haviam sido constituídas. É que o novo titular do direito atingido pela hipoteca e penhora não é devedor daqueles credores pelo que faz todo o sentido que a sua aquisição seja livre de onerações.

Por fim importa referir que em Portugal a forma de executar a hipoteca é através do processo judicial, ou seja, é proibida a autotutela privada da execução das pretensões⁷⁷. Em Portugal a forma de executar a hipoteca é através do processo judicial⁷⁸, à semelhança dos restantes ordens jurídicas estrangeiras semelhantes à nossa – com exceção de Espanha

⁷⁶ A hipoteca, no caso, incide sobre o direito de propriedade mas pode a hipoteca incidir sobre o direito de superfície ou usufruto e aí a hipoteca só atinge o direito real hipotecado no mesmo sentido do que foi referido.

⁷⁷ REMÉDIO MARQUES, João Paulo Fernandes, *Locação financeira retributiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*, In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume 77, Coimbra, 2001, pág. 575 a 632.

⁷⁸ ISABEL MENÉRES, Campos, *Particularidades da execução de hipoteca*, In *A reforma da ação executiva – Trabalhos preparatórios*, Vol. I, Ministério da Justiça, Lisboa, 2001.

– ou seja, é através do recurso à jurisdição dos tribunais⁷⁹. Isto quer dizer que não há em Portugal forma de o credor se apropriar coercivamente, unilateralmente e automaticamente de um bem dado em garantia, ou de qualquer outro bem que esteja na posse do devedor, no caso de este deixar de cumprir. Esta necessidade de recorrer à via judicial, para que o titular da garantia especial possa fazer valer o seu interesse, tem em conta diversos fatores que devem ser compreendidos e articulados em conjunto de acordo com uma lógica de interesses e valores atento a unidade do ordenamento jurídico no seu todo. No fundo é por ser proibido a autotutela privada da execução das pretensões porque: 1) a imposição unilateral e coerciva de comportamentos à outra parte que se encontre em incumprimento só pode ser obtida através dos Tribunais; 2) porque se pretende tutelar uma proibição da apropriação automática, do bem, pelo credor em caso de incumprimento do devedor; 3) porque se pretende o respeito pelo próprio sistema de garantia das obrigações e 4) porque no fundo se pretende tutelar a proibição da atuação abusiva, seja ela relativa ou absoluta.

2.2.2 Será a hipoteca limite ou medida na responsabilidade do mutuante no caso de incumprimento deste, ou seja, estará a responsabilidade do mutuário devedor limitada ao bem hipotecado e penhorado.

Ora o incumprimento do contrato de mútuo pelo devedor, gerará em princípio, os efeitos normais decorrentes do incumprimento das obrigações de um contrato de mútuo, tal como já foi referido neste trabalho. É que o mutuário recebe o dinheiro e retira o aproveitamento que o dinheiro proporciona (neste caso a aquisição do imóvel) e perante o tal contrato de mútuo, mesmo estando obrigado a aplicá-lo a certo fim (escopo), terá sempre a obrigação de restituição do dinheiro que lhe foi mutuado acrescido de juros.

Será assim fácil a resposta à pergunta se a hipoteca e a penhora limitam, de algum modo, a responsabilidade do mutuário incumpridor a esse bem hipotecado e penhorado. Não! Pois aquelas figuras são garantias especiais das obrigações do devedor, em benefício do credor, e garantias não se confundem com obrigações nem com limites de

⁷⁹ Ver LEBRE DE FREITAS, José, *Os Paradigmas da Ação Executiva, Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 787 a 789, sobre os regimes das várias ordens jurídicas estrangeiras.

responsabilidade. As obrigações aqui em jogo são as que decorrem do contrato de mútuo em causa (o escopo, a restituição do capital mutuado e dos juros).

Assim incumprindo o mutuário com as suas obrigações, decorrentes daquele contrato, responde com todo o seu património exceto nos casos das exceções já acima referidas.

A hipoteca, como se viu, é uma garantia especial das obrigações, conferindo ao credor uma garantia de que certo bem responderá em especial por certa dívida, em preferência contra outros bens e outros credores. Não sendo esse bem imóvel suficiente para satisfazer o crédito do credor hipotecário, igualmente dos restantes credores que não possam lançar mão das suas garantias gerais comuns contra esse particular bem hipotecado por força da sua graduação não possibilitar, sempre poderão todos os credores recorrer aos restantes bens do devedor, ou seja à garantia geral comum ou mesmo outras garantias especiais que também possam existir.

Concluindo essa hipoteca não constituirá um limite da responsabilidade do devedor a esse bem onerado com a hipoteca, até porque não chegando esse bem para extinguir o valor em dívida poderá o credor executar outras garantias de que tenha ou até mesmo executar a garantia geral comum que todo o património do devedor constitui.

CAPÍTULO IV – PROCESSOS DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Neste capítulo cumpre entender os tipos de processo de extinção das obrigações não cumpridas – por incumprimento definitivo – particular a dação em cumprimento como processo extrajudicial e a execução judicial por incumprimento contratual como processo judicial.

Em sede de execução judicial por incumprimento contratual caberá entender a garantia especial real de penhora e algumas das suas regras quanto à venda e à adjudicação do imóvel já que a norma do art.º 816 n.º2 CPC prende-se com essas modalidades de alienação judicial do bem.

De seguida caberá responder à questão de se a alienação do imóvel, via extrajudicial ou judicial, extingue a obrigação do devedor. É que será de extrema importância entender o regime quanto à extinção da obrigação, sabendo se extingue na medida do valor gerado pela alienação ou se pelo fato de ser alienado se extingue automaticamente a obrigação. Neste desenvolvimento cumpre entender as modalidades da dação em cumprimento – *datio pro solvendo* e *datio in solutum* - para *ultime* se compreender o regime da venda e da adjudicação, por nestas modalidades judiciais, em regra, haver uma ligação muito forte ao regime da *datio pro solvendo*, porem não se afastando como exceção que o regime possa ser igual ao da *datio in solutum*.

Será necessário, portanto, desenvolver e compreender em que medida se extingue na dívida com a venda ou adjudicação judicial do bem.

1. Processos de extinção das obrigações não cumpridas

De referir que existem processos de extinção das obrigações que seguem a via extrajudicial e outros que seguem a via judicial. Serão processos extrajudiciais de extinção das obrigações, o pagamento da dívida⁸⁰, a dação em cumprimento⁸¹, a dação pro solvendo⁸², a cessão de bens aos credores⁸³, a consignação em depósito⁸⁴, a

⁸⁰ Cumprindo-se a obrigação, através do pagamento integral dos valores em dívida, extingue-se as obrigações e extingue-se o crédito.

⁸¹ Ver artigo 837 do Código Civil

⁸² Ver artigo 840 do Código Civil

⁸³ Ver artigo 831 do Código Civil

⁸⁴ Ver artigo 841 do Código Civil

compensação⁸⁵, a novação subjetiva⁸⁶ ou objetiva⁸⁷, a remissão⁸⁸, a confusão⁸⁹, a permuta por outro imóvel de menor valor ou permuta por coisa diversa⁹⁰ e a alienação do imóvel a um fundo de investimento para arrendamento habitacional⁹¹.

Serão processos judiciais de extinção das obrigações, a execução por incumprimento contratual⁹², a execução fiscal e a insolvência singular ou coletiva.

Por serem as mais comuns, terem relevância geral e implicações no presente estudo, apenas desenvolverei a dação em cumprimento como processo extrajudicial e a execução por incumprimento contratual como processo judicial.

O processo de execução fiscal não terá aqui desenvolvimento por a questão de fundo ter o mesmo alcance que no processo de execução por incumprimento contratual já que o que se quer ver respondido é se a alienação do imóvel extingue ou não as obrigações do devedor e nessa linha em que medida extingue.

Por fim a questão trazida a estudo tem por base um contrato de mútuo bancário, vulgo empréstimo para aquisição de habitação, e sendo assim importará a execução da hipoteca e a interposição da penhora.

2. Penhora

Quanto ao processo executivo digamos que no nosso ordenamento jurídico existem três tipos de ação executiva – a execução para pagamento de quantia certa, execução para entrega de coisa certa e execução para prestação de fato. A que interessa neste trabalho é a de execução para pagamento de quantia certa, já que pelo incumprimento do contrato de mútuo, o património do devedor é executado a fim de, com o dinheiro daí decorrente, se poder liquidar o valor em dívida.

⁸⁵ Ver artigo 847 do Código Civil

⁸⁶ Ver artigo 858 do Código Civil

⁸⁷ Ver artigo 857 do Código Civil

⁸⁸ Ver artigo 863 do Código Civil

⁸⁹ Ver artigo 868 do Código Civil

⁹⁰ Parecer da Procuradoria República nº 127/2006 DSJ-CT - *Contrato de permuta* In <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2006>.

⁹¹ Regime especial aplicável aos fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional (FIIAH) e às sociedades de investimento imobiliário para arrendamento habitacional (SIIAH) aprovado pelo artigo 102.º da Lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro - Capítulo X.

⁹² Ver artigo 817 do Código Civil

Portanto neste tipo de ação, pretende-se executar o património do devedor (garantia especial real) ou de terceiro (garantia especial pessoal) a fim de se obter, por conta do cumprimento da obrigação que não foi cumprida, o pagamento do capital mutuado em dívida, os juros devidos e as demais despesas legais exigíveis.

Para tal, na prática são penhorados^{93 94} os bens do património do devedor (ou de terceiro conforme a garantia em causa) que sejam suficientes para cobrir a importância da dívida e custas, à exceção dos casos já assinalados como exceções no capítulo precedente. Depois de penhorados, esses bens são (em regra) vendidos para que com o produto obtido da sua venda se proceder ao pagamento das dívidas em causa. Deste modo, o exequente credor obtém um resultado equivalente ao do cumprimento da obrigação que, segundo o título executivo, lhe é devido.

Mas apesar de a regra ser a venda dos bens penhorados, a verdade é que existem outras modalidades de obtenção do resultado equivalente ao da realização da prestação incumprida. Tais modalidades vêm elencadas no art.º 795 CPC, sob a epígrafe de “modos de pagamento” e que correspondem respetivamente ao pagamento, adjudicação, consignação dos rendimentos e venda.

Neste trabalho, e relevante para a problemática, serão apenas referidas as notas caracterizadoras e identificadoras sobre a venda e a adjudicação do bem penhorado na medida que seja suficiente para a perceção do alcance da problemática aqui trazida.

2.1 Quanto à venda, existem várias regras e modalidades de venda do bem penhorado, nomeadamente as previstas no art.º 811 e 814 CPC. Segundo o art.º 811 a venda pode revestir as modalidades de venda mediante propostas em carta fechada, venda em mercados regulamentados, venda direta a pessoas ou entidades que tenham direito a adquirir os bens, venda por negociação particular, venda em estabelecimento de leilões. Desde já e antes de avançar fica a nota de que a modalidade de venda em mercados regulamentados por esta modalidade não se aplicar à venda de imóveis. Ora quanto à indicação da modalidade de venda compete ao agente de execução, ouvidos o exequente, o executado e os credores com garantia sobre os bens a vender (art.º 812 CPC), sem prejuízo de caber ao juiz decidir, oficiosamente ou a requerimento do

⁹³ A penhora é considerado o ato executivo por excelência. - Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Executiva depois da reforma*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 206.

⁹⁴ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das obrigações*, op. cit., pág. 705 e segs.

exequente, executado ou depositário, a venda antecipada nos termos do art.º 814 CPC. Ora nesses termos, e para que se saiba o valor do bem, o agente de execução decide sobre o valor base dos bens a vender (art.º 812 n.º2 alínea b) CPC), sendo que neste caso o valor base dos bens imóveis corresponde ao maior valor base - entre o valor patrimonial tributário (art.º 812.º n.º3 alínea a) CPC - se essa avaliação tributária tenha sido efetuada há menos de 6 anos - e o valor de mercado do imóvel (art.º 812 n.º3 alínea b) CPC). Portanto o agente de execução afere do valor base do imóvel, tendo liberdade para escolher, tendo em conta a avaliação tributária (se tiver sido feita há menos de 6 anos) ou tendo em conta o valor de mercado recorrendo a peritos avaliadores por força do art.º 812 n.º2 alínea b) conjugado com o n.º 3 do mesmo artigo, sem prejuízo de o executado o exequente ou os restantes credores poderem recorrer dessa escolha e do valor apurado. Após ter sido apurado o valor base de licitação do bem cumpre referir que, por força da norma do art.º 816 n.º2 CPC, o valor base a anunciar será igual a 85% desse valor base inicialmente apurado. Neste sentido caberá saber a fundamentação e alcance desta norma, e a que adiante lá se chegará, já que se for erradamente considerada ou erradamente interpretada graves consequências de podem imputar ao sujeito que já de si se encontra numa posição mais frágil.

2.2 Quanto à adjudicação, o exequente (ou qualquer credor reclamante) pode requerer que lhe sejam adjudicados bens penhorados, não compreendidos nos artigos 830.º e 831.º, para pagamento, total ou parcial, do crédito (art.º 799 n.º1 e n.º2 CPC). Ora a adjudicação não é mais do que a possibilidade legal que o credor tem de, em sede de execução, requerer a entrega de certo bem penhorado, por conta do pagamento total ou parcial do crédito. Na prática em vez de o credor comprar o bem pelo valor alcançado e processo, sendo credor opta que o bem lhe seja alienado por conta do valor alcançado no processo, descontando esse valor no seu crédito, evitando transferir dinheiro para depois recebe-lo de volta. É que na venda judicial a intenção será a de obter dinheiro para satisfazer do crédito do exequente, na adjudicação a satisfação é obtida mediante a entrega ao exequente de bens anteriormente penhorados por conta do valor que seria obtido na venda.

Particular na adjudicação, como já se pode depreender, é que o requerente dessa adjudicação deve também licitar um preço, que deve ser superior a todos os que forem oferecidos, para que o bem lhe possa ser adjudicado. Assim tanto na venda como na adjudicação do imóvel, devem os interessados licitar os preços, ganhando o que tiver

licitado um preço maior, e sendo um dos credores a ganhar este pode optar nesse caso pela adjudicação do bem, evitando assim a movimentação do dinheiro. Nestes termos a adjudicação tem muito em comum com a dação em cumprimento, restando saber apenas se essa adjudicação é na medida do seu cumprimento ou em função do cumprimento.

Outra questão particular, e de total importância neste estudo como já se disse, é que também na adjudicação o preço obtido não pode, em regra, ser inferior a 85% do preço base do imóvel por força da já referida norma do art.º 816 n.º2 do CPC e que se aplica à adjudicação por força do art.º799 n.º3 do CPC. Expressa particularidade é que na adjudicação não se fecha a possibilidade de a adjudicação poder ser por valor inferior aos tais 85% do valor base, por força da norma do art.º 821 n.º3 do CPC, sem que tal exija a escolha por um regime semelhante ao *datio pro solvendo* ou da *datio in solutum*.

3. A alienação do imóvel, via extrajudicial ou judicial, extingue a obrigação do devedor? Em que medida?

3.1 Na dação em cumprimento (extrajudicial)

A dação em cumprimento consiste na prestação de coisa diversa da que é devida com o objetivo de extinguir imediatamente a obrigação ou facilitar o seu cumprimento⁹⁵. Na prática o devedor dá em pagamento, dinheiro em substituição de uma coisa ou uma coisa em substituição de dinheiro. Mas para a chamada dação em cumprimento avançar, o credor e o devedor têm de estar de acordo, pois este também é um dos pressupostos desta figura, ou seja, tem de haver a vontade do devedor e o consentimento do credor. Nestes termos haverá liberdade de celebração e liberdade de estipulação dos termos em que a dação em cumprimento funcionará, por força do princípio da liberdade contratual ou da autonomia da vontade (art.º 405 do código civil).

Haverá assim liberdade de celebração pois as partes são livres de contratar ou não contratar e nesse sentido, portanto, poderão (relativamente livres) optar perfeitamente pela opção da dação em cumprimento. Haverá liberdade de estipulação pois as partes tem liberdade de fixar os efeitos jurídicos do contrato, ou seja da dação em cumprimento, nomeadamente optar pela *datio pro solvendo* ou pela *datio in solutum*.

⁹⁵ Ver pressupostos da dação em cumprimento Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Volume II, *Transmissão e extinção das obrigações – não cumprimento e garantias de crédito*, 7ª Edição, Editora Almedina, pág. 185 a 188.

É que a lei civil prevê dois tipos de dação⁹⁶: a dação em cumprimento (art.º 837 a 839 do C.C) e a dação em função do cumprimento (art.º 840 do C.C).

A dação em cumprimento (*datio in solutum*) consiste na realização de uma prestação diferente da que é devida com o fim de, mediante acordo do credor, extinguir imediatamente a obrigação. Já a dação em função do cumprimento⁹⁷ (*datio pro solvendo*) é uma dação condicional, não tendo como fim extinguir imediatamente a obrigação mas sim facilitar o seu cumprimento. Como refere ANTUNES VARELA⁹⁸, na dação em função do cumprimento (*datio pro solvendo*), a obrigação não se extingue imediatamente, mantém-se e só se extinguirá na medida que o respetivo crédito for sendo satisfeito, à custa do novo meio ou instrumento jurídico para o efeito proporcionado ao credor. Sendo assim, na *datio in solutum* o devedor dá em cumprimento uma prestação diferente da inicialmente exigida, com o consentimento do credor, mas essa dação extingue imediatamente a obrigação mesmo que a coisa ou dinheiro seja inferior (ou superior) ao crédito devido.

Já na *datio pro solvendo* o devedor efetua uma prestação diferente da devida para que o credor obtenha mais facilmente, pela realização do valor dela, a satisfação do seu crédito mas essa satisfação é na medida do seu valor, o que poderá não chegar para a extinção da dívida total ou, no caso inverso, poderá até ultrapassar o valor em dívida e nesse caso ter que se restituir ao executado o remanescente.

Embora nas duas figuras o devedor realize uma prestação devida por outra diferente, a dação em cumprimento produz a imediata extinção da obrigação, enquanto na dação em função do cumprimento a dívida não se extingue desde logo com a substituição da prestação.

Dito isto, e sobretudo compreendido que existem dois regimes de dação em cumprimento, atento a questão principal de saber se a alienação do imóvel (neste caso por dação) extingue ou não as obrigações do mutuário, será relevante saber quais os efeitos da *datio in solutum* e da *datio pro solvendo*, gerados pela entrega do imóvel, nas obrigações do mutuário.

⁹⁶ Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição Revista e Atualizada, Almedina Editora, pág. 1092 a 1096.

⁹⁷ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, op. cit., pág. 193 a 194.

⁹⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em geral*, Volume II, 7ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, pág. 174.

Se estivermos perante uma *datio in solutum*, estando em jogo a autonomia da vontade das partes (art.º 405 CC) em princípio extingue-se a obrigação pela entrega do imóvel, mesmo que uma das partes saia desfavorecida. Caberá apenas questionar neste caso se havendo outros credores, poderá haver lugar a um prejuízo para esses credores na medida em que dando o devedor em cumprimento (*datio in solutum*) um imóvel que vale mais do que o valor em dívida poderão os restantes credores verem a sua garantia das obrigações diminuída.

Se pelo contrário estivermos perante uma dação em função do cumprimento (*datio pro solvendo*) naturalmente, pela função jurídica desta figura, não se extinguirá a obrigação se o valor do bem não preencher a totalidade do valor em dívida. Releva, com maior importância aqui, a necessidade de ser corretamente apurado o valor real do imóvel pois é na medida desse valor que extinguirá a parte correspondente na dívida.

3.2 No processo de execução judicial

A execução judicial dos bens por incumprimento contratual (tal como a execução fiscal) consiste em, como já referido neste estudo, o património do devedor ser executado coercivamente e judicialmente a fim de, com o dinheiro daí decorrente ou pela sua adjudicação, se poder liquidar o valor em dívida.

Ora neste tipo de processo judicial caberá saber exatamente o mesmo que acima foi referido quanto à dação em cumprimento – se a alienação do imóvel, neste caso por execução judicial, extingue ou não as obrigações do mutuário.

Em primeiro lugar cumpre saber qual a natureza jurídica da execução judicial face à extinção das obrigações do executado, nomeadamente se o regime da execução judicial é da mesma natureza jurídica, quanto à extinção das obrigações, da *datio pro solvendo* ou da *datio in solutum*.

Chega-se à conclusão que a execução judicial tem, regra geral, uma fundamentação muito em linha com o regime da *datio pro solvendo*, quanto à extinção das obrigações do executado, já que a execução é condicional, não tendo como fim extinguir imediatamente a obrigação mas sim facilitar o seu cumprimento à medida que o respetivo crédito vai sendo satisfeito pela execução do património.

Mas como já referi anteriormente se a norma do art.º 821 n.º3 CPC abre as portas a que na adjudicação possa ser decidido, por acordo entre todos, que o valor correspondente à adjudicação possa ser inferior aos tais 85% como valor a anunciar (por força do art.º 799 n.º3 CPC que manda aplicar a norma do art.º 816 n.º2 CPC) então nada obsta que nesse

acordo se possa também contemplar que, por acordo entre todos, a adjudicação possa ser no regime de extinção imediata da obrigação semelhante ao da *datio in solutum*.

Do mesmo modo se pode entender que na modalidade da venda judicial também possa haver o mesmo acordo que o previsto para a adjudicação no art.º 821 n.º3 CPC tal como também se possa decidir pelo regime de extinção imediata da obrigação semelhante ao da *datio in solutum*. Isto será questão para o campo da interpretação extensiva da norma mas de certo modo pode ser resumido aqui o exercício.

Levantadas estas questões, certo é, parecendo claro, que o regime regra tanto na venda como na adjudicação é o regime de extinção na medida do seu cumprimento tal como sucede na *datio pro solvendo*. Sendo assim a execução judicial dos bens não extingue imediatamente as obrigações do mutuário, pelo contrário vai extinguindo em função do seu abatimento no valor da dívida.

Determinado o regime do processo judicial de execução, quanto à extinção das obrigações que vimos, regra geral, não extingue imediatamente as obrigações do mutuário executado, muito à semelhança do que sucede na *datio pro solvendo*, importa de seguida desenvolver qual será a importância do valor real do imóvel na execução judicial dos bens. É que como vimos, no regime de extinção na medida do seu cumprimento em que o valor gerado serve para nesse exata medida abater no crédito total em dívida, tem particular importância a consideração do exato valor do imóvel. Como se compreende qualquer erro na avaliação do imóvel, ou da sua consideração no processo judicial, resulta ou pode resultar em prejuízos nos interesses das partes interessadas, sejam eles o executado, o exequente ou os restantes credores reclamantes.

Se qualquer dos interessados sofre qualquer prejuízo, derivado da errada consideração do valor real do imóvel, então como exorta Menezes Cordeiro, há que poder reagir⁹⁹. Vejamos de seguida como.

⁹⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*, Almedina Editora, Coimbra, 2006, pág. 14.

CAPÍTULO V – AVALIAÇÃO DO IMÓVEL

1. Avaliação do imóvel: Valor real do imóvel versus o valor apurado

Parece claro, com toda a lógica, a necessidade de uma correta e atualizada avaliação do imóvel, não no momento da concessão do crédito¹⁰⁰ mas sim em sede de processo de execução tendente à venda ou adjudicação, pois pode o imóvel valer muito (ou muito menos) do que foi inicialmente considerado ao tempo da concessão do crédito e da avaliação da sua qualidade como garantia das obrigações. Para além disso pode agora o imóvel valer muito mais do que a dívida exequenda e dos créditos reclamados, devido a diversos fatores¹⁰¹, e não ser possível o fracionamento do imóvel em parcelas (art.º 759 CPC) de modo que que corresponda uma delas ao valor da dívida. É que como se pode compreender o imóvel pode valorizar ou desvalorizar com o passar dos anos e sendo assim há que aferir quanto vale o bem no momento em que se efetua a execução e se pretende liquidez para extinguir na dívida pois será esse valor que importa na vontade de qualquer interessado ao adquirir o referido bem.

1.1 A compra pelo banco será um risco relevante?

O conhecimento do credor Banco é claro, consciente e objetivo devido a variadíssimos fatores que atuam concertadamente no momento em que decide pela compra ou adjudicação do imóvel no processo executivo. São eles:

- a) O Banco, no momento da concessão do crédito, efetivamente realiza ou exige uma avaliação do imóvel, tendente a apurar o seu valor de mercado de forma a apurar a qualidade do bem como garantia de cumprimento das obrigações e, satisfeito com esse valor, decide “emprestar” o dinheiro e constituir uma garantia especial sobre o imóvel – a hipoteca – porque conscientemente percebe que o bem dado em garantia é garante suficiente para cobrir o crédito.
- b) Mas a verdade é que o momento da execução do imóvel, no processo judicial, é temporalmente muito desfasado dessa avaliação inicial e por força de

¹⁰⁰ Porque essa releva apenas para a constituição da garantia do credor, ou seja releva para apurar a qualidade do bem como garantia das obrigações. Daqui se pode concluir que a avaliação inicial feita pelo credor, só tem efeitos em sede de constituição da garantia, colocando-se de parte qualquer raciocínio de que essa avaliação inicial tenha importância no momento da alienação judicial.

¹⁰¹ Valorização do imóvel derivado a benfeitorias, melhoramentos paisagísticos e de infraestruturas do meio envolvente, etc.

modificações no mercado, degradação ou valorização do imóvel, perturbações económicas macroeconómicas ou outras, o bem pode já não valer aquele valor apurado inicialmente no momento da concessão do crédito ou poderá até opostamente valer muito mais. Ora é de conhecimento de qualquer pessoa que os imóveis podem valorizar ou desvalorizar com o passar do tempo, devido a variadíssimos fatores que não importam aqui mencionar agora, muito mais é do conhecimento de uma instituição que tem como objeto social, por exemplo, a concessão de créditos para aquisição de habitação. Assim não se pode afirmar que o credor Banco não está consciente destas alterações pelo que, ao decidir comprar ou solicitar a adjudicação no processo de execução judicial, sabe (ou deve tomar medidas nesse sentido) qual é o atual valor do imóvel, se valorizou ou desvalorizou. Não é que o Banco credor não esteja interessado no caso de o imóvel ter desvalorizado mas importa porque o Banco deve querer saber se efetivamente o bem vale o valor pedido em processo ou se pelo contrário o seu valor é inferior e assim não estar a “comprar gato por lebre”. O banco credor, como qualquer normal interessado, deve proceder a uma vistoria ao imóvel, considerar e aferir se a sua opção de adquirir o imóvel vale a pena e o valor solicitado em execução judicial corresponde ao estado atual do bem em venda.

Se o risco do credor Banco já não se dissipou com os anteriores fundamentos cumpre acrescentar que o credor Banco não tem como objeto social a compra e venda de imóveis. Se decide pela compra ou adjudicação do imóvel com a intenção de depois, em princípio, proceder à sua venda no mercado imobiliário através de imobiliárias do seu grupo comercial ou de terceiras a fim de gerar dinheiro para abater no respetivo passivo é porque considera que pelo menos será gerado o valor que aceitou comprar ou adjudicar.

Ora estas vendas no mercado privado serão convenientemente anunciadas nos meios próprios e durante um período muito maior, sem pressão de prazos, ao contrário do que sucede no processo judicial e sendo assim essa venda futura irá no mínimo corresponder ao valor real do bem e nunca ao valor que foi comprado em processo judicial. Mas mesmo que não corresponda isso são riscos comerciais próprios de quem compra para revender. O que se pretende no Direito é uma resposta de Direito e não de viabilidade económica. A atividade do banco, enquanto mutuante, é de apenas mutuar capital e receber os lucros daí resultantes por força do recebimento do capital mutuado e dos juros. Não se deve atender a essa preocupação de dificuldade de revenda do bem imóvel no mercado pois o que está em causa é o papel e fundamento da norma do art.º 816 n.º2 CPC.

Como o que está em causa é o fundamento e papel da norma do art.º 816 n.º2 CPC cumpre nesse sentido realçar a importância da correta avaliação do imóvel, sob consequência de o tal valor a anunciar por força daquela norma ser fixada ainda mais abaixo do que processualmente deveria ser. Vejamos de seguida como é aferido o valor do bem no momento da execução e como podem os interessados opor-se a essa avaliação.

1.2 Como é aferido o valor do bem no momento da execução?

O agente de execução decide sobre o valor base dos bens a vender (art.º 812 n.º2 alínea b) CPC), sendo que neste caso o valor base dos bens imóveis corresponde ao maior valor base - entre o valor patrimonial tributário (art.º 812.º n.º3 alínea a) CPC - se essa avaliação tributária tenha sido efetuada há menos de 6 anos - e o valor de mercado do imóvel (art.º 812 n.º3 alínea b) CPC). Portanto o agente de execução afere do valor base do imóvel tendo em conta a avaliação tributária (se tiver sido feita há menos de 6 anos) ou tendo em conta o valor de mercado recorrendo a peritos avaliadores por força do art.º 812 n.º2 alínea b) conjugado com o n.º 3 do mesmo artigo.

Referente ao valor de mercado, diz a lei que para se poder verificar o valor de mercado referido na alínea b) do n.º3 do art.º 812 CPC o agente de execução promove as diligências que entenda necessárias tendentes à fixação do valor do bem (art.º 812 n.º5 CPC). Na prática o agente de execução recorre a um perito avaliador para que possa ser avaliado corretamente o imóvel tendo em conta o valor atual de mercado.

Ora quer seja aferido o valor base pelo valor de mercado ou pelo valor tributário é necessário que esses valores correspondam ao valor real do bem em termos corretos e atuais ao momento da execução do bem pois como se compreende é necessário saber se o bem valorizou ou desvalorizou e em que termos concretos.

Referente ao valor tributário já se sabe que esta avaliação tributária, muitas vezes, não corresponde, nem tao pouco está próximo, do valor real do bem por diversos motivos que também não importam aqui apurar. Para além disso, a avaliação pode estar incorreta e não corresponder ao valor real por não ser considerado (ou considerados incorretamente) certos parâmetros nomeadamente benfeitorias, localização, estado de conservação, etc.

É portanto concebível que a avaliação não seja ou não tenha sido corretamente feita já que p.e. por motivos de rentabilização de onerários muitos dos peritos descuidam nas diligências tendentes a uma correta avaliação – p.e. não se deslocando ao local, baseando as suas avaliações apenas em dados fornecidos por terceiros ou fornecidos por sítios da internet, não verificando o estado de conservação do imóvel, defeito no calculo ou na

formula de calculo do valor do imóvel, etc.

Com base em tantas variáveis urge e é necessário de aferir o mais corretamente possível o valor do imóvel sob pena de se estar a violar direitos fundamentais como o direito à propriedade. Assim há que carrear no processo o valor correto desse bem, ou pelo menos o mais próximo possível, e em termos atuais. É que se por um lado a avaliação não tiver sido corretamente realizada terá a consequência processual de ser fixado o limite de venda ou adjudicação em 85% por respeito ao artigo 816 n.º 2 do CPC ainda mais baixo do que realmente deveria ser, o que implica uma diminuição ainda maior do valor base para execução.

Por exemplo se um imóvel for avaliado em 100 mil euros terá a consequência processual de ser estabelecido o valor de 85 mil euros como limite mínimo de venda ou adjudicação por força da norma do art.º 816 n.º 2 CPC. Ao invés se o imóvel for incorretamente avaliado em 90 mil euros, quando na prática valeria 100 mil euros, terá a consequência de ser estabelecido um valor mínimo de venda ou adjudicação de 85% sobre esse valor, ou seja, 76500 euros, o que implica uma diminuição ainda maior do valor base para execução. A diferença entre os 85 mil euros e os 76500 euros corresponde a prejuízo, derivado de uma avaliação incorreta, e pode ser objeto de oposição pelo devedor ou quaisquer credores do devedor, no próprio processo de execução através da impugnação da avaliação incorreta, fazendo prova de nova avaliação, atual e correta, para efeitos de esta ser considerada no processo.

É que aqui o devedor executado ver-se-ia numa situação de perder o imóvel por um valor ainda mais inferior do que deveria ser considerado no processo, por força de uma errada consideração do valor base do imóvel, e tal constitui um prejuízo no sentido de extinguir menos valor da dívida do que deveria extinguir.

Há portanto uma diferença entre o valor do imóvel para efeitos de execução – chamado de valor base de execução – e o valor real que efetivamente vale o bem. A correta avaliação é deveras importante para garantir a proteção do devedor e dos credores contra o prejuízo desnecessário e diminuição da garantia das obrigações, devendo-se aproximar o possível o valor base do bem ao seu valor real de mercado.

Como veremos de seguida o problema da avaliação incorreta é um problema facilmente ultrapassado se o executado ou os restantes credores impugnarem tal avaliação, dentro da própria ação de execução.

2. Aceitação e oposição à avaliação do imóvel

2.1 Aceitação do valor da avaliação da imóvel feita pelo Agente de Execução

Se o devedor aceita a avaliação feita ao imóvel pelo agente de execução é porque acha que não está a ser prejudicado e será esse valor tido em conta para a alienação no processo, a não ser que os restantes credores considerem que há uma diminuição da garantia das obrigações por considerarem que o imóvel vale mais do que o valor base de execução. Se os restantes credores também aceitam aquela avaliação é porque também acham que não estão a ser prejudicados e será esse valor tido em conta para a alienação no processo.

2.2 Oposição à avaliação feita

Relevante questão coloca-se no caso de as partes interessadas não concordarem com o valor da avaliação. A decisão que fixe o valor base dos bens a vender (ou a adjudicar) será notificada ao exequente, ao executado e aos credores reclamantes com garantia sobre os bens a vender (art.º 812 n.º 6 CPC) e caso algum destes discorde da decisão, cabe ao juiz decidir sem possibilidade de recurso (art.º 812 n.º 7 do CPC).

Terá legitimidade de oposição as partes do contrato (executado e o credor exequente) mas também os restantes credores reclamantes que vejam diminuída a sua garantia das obrigações (geral comum ou especial). Portanto tanto pode recorrer da avaliação do imóvel o próprio devedor ou o credor exequente, como também o podem os credores com base na diminuição das garantias, cada um com fundamento legal diferente mas assentam todos na mesma problemática e fundamento jurídico – o de o bem valer mais do que efetivamente foi avaliado e carreado para o processo.

Quanto à oposição das partes no contrato (executado e credor exequente), será exigida e feita nova avaliação, pedida pela parte que se ache prejudicada e, a ser por este, carreada no processo. Com base nisso o juiz averigua se houve lugar a deficiente avaliação e se deve considerar a nova avaliação ou, em vez, solicitar oficiosamente nova avaliação a ser feita pelo Tribunal. Salienta-se a questão particular de o executado recorrer da avaliação do imóvel e o juiz não aceita a avaliação do devedor, sendo que essa decisão é irrecorrível por força do art.º 812 n.º 7 do CPC. Nesse caso o meio posterior de recurso será em sede de efetiva venda ou adjudicação, ainda dentro do processo judicial de execução. Após isso só mesmo em sede de nova ação judicial mas caberá saber qual a figura jurídica aplicável de defesa contra esse prejuízo caso realmente o bem valha mais do que foi efetivamente avaliado em sede de execução. Isso será abordado nos últimos capítulos.

Quanto aos restantes credores reclamantes, se virem as suas garantias das obrigações diminuídas, estes não poderão opor-se ao valor da avaliação indicado pelo agente de execução, através de embargos de terceiros no processo nem invocar os meios de conservação e garantia patrimonial dos credores porque a verdade é que só com a efetiva alienação ou ato para alienação é que poderá estar em causa a eventual diminuição das suas garantias das obrigações. Como ainda se está no patamar da avaliação e consideração do valor a anunciar para venda ou adjudicação judicial não se colca a diminuição das garantias.

O problema que se coloca de seguida, a desenvolver no próximo capítulo, prende-se com a própria norma do art.º 816 n.º2 CPC ao impor que o imóvel deve seguir para venda ou adjudicação por apenas 85% do seu valor base (que vimos deve ser o real e atual). A verdade é que se o bem é vendido ou adjudicado por apenas 85% do seu valor, o próprio executado vê extinguir na dívida apenas esse valor apurado, quando na verdade o imóvel vale mais e portanto deveria extinguir mais. No mínimo seria exigível que o bem fosse vendido ou adjudicado pelo valor correspondente ao seu valor real já que é esse valor que na prática o executado perde o imóvel. Na mesma medida os restantes credores reclamantes vêm uma garantia do devedor ser alienado por menos do que deveria ou que corresponde na prática o que resulta numa diminuição das suas garantias.

Vejamos no capítulo seguinte a fundamentação de existência da norma do art.º 816 n.º2 CPC e qual o seu sentido atento a globalidade do sistema jurídico.

CAPÍTULO VI – REGRA DO ART.º 816 N.º2 CPC

Urge agora desenvolver alguns raciocínios que se prendem com a fundamentação da própria norma do art.º 816 n.º2 CPC, e compreender qual o seu papel na globalidade do sistema jurídico.

Nisso caberá entender a diferença entre atos abusivos e atos ilícitos, e que tipo de proteção, contra o excesso, existe ao nível do sistema jurídico amplo e ao nível das fontes legais.

De seguida caberá entender se essa norma, diminuindo aos 85% o valor pelo qual pode ser vendido ou adjudicado o bem em processo de execução judicial, entra em conflito com os direitos das partes, sejam eles do próprio executado ou dos restantes credores exequentes. Nesse sentido caberá perceber quais os direitos em causa, quais os seus limites, e se excedendo esses limites haverá consequências jurídicas.

Por fim chega-se ao momento em que se conclui qual o tipo de interpretação e qual será o resultado dessa interpretação, segundo o método jurídico já referido, perante todos aqueles fundamentos conjugados tendo em conta o sentido que o próprio sistema jurídico amplo fornece, da norma do art.º 816 n.º2 CPC.

1. Fundamento da existência do limite mínimo de 85% do valor base de licitação constante da norma do art.º 816 n.º2 CPC

A criação da norma, que reduz o valor da venda ou adjudicação em processo de execução judicial, que em Portugal consta do art.º 816 n.º2 do CPC - quanto à venda por carta fechada, mas também quanto à adjudicação atento o art.º 799 n.º3 – referindo que “*o valor a anunciar para a venda é igual a 85 % do valor base dos bens*”, tem fundamento sistemático, atento a globalidade do sistema jurídico, de motivar a alienação judicial do bem, evitando que não se aliene o bem por falta de interesse ou evitando o perdurar indeterminadamente o processo de execução, mas também tem fundamento sistemático de limitar que, na solução do conflito de interesses, não seja o sujeito passivo onerado com um excesso manifestamente abusivo.

Motivada a alienação judicial, que *ultime* permite garantir a segurança e confiança no tráfego jurídico, a ordem jurídica permite que certos limites sejam excedidos diante de particular conflito de interesses, desde que não se excedam manifestamente os limites impostos pelos princípios e direitos quer subjetivos ou objetivos, que ao caso são chamados. É que se por um lado, em certos casos, só excedendo certos limites é que se

pode atender a uma solução justa tendo em conta a fatispécie do caso concreto, por outro lado não será permitido todo e qualquer exceder. É esse raciocínio que urge entender e que advém do próprio sistema jurídico amplo – do seu próprio plano geral de Direito – positivado em certas normas e figuras jurídicas.

Como refere RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, ao explanar sobre os limites do direito subjetivo, *“os direitos subjetivos não são reconhecidos abrupta, ilimitada e separadamente e não funcionam isoladamente, antes constituem peças do complexo e interconexão puzzle que é o sistema jurídico na unidade da sua arquitetura e do seu funcionamento. (...) Com efeito, cada direito subjetivo, (...) exige a averiguação do seu próprio conteúdo e limites, por referência p.e. ao seu fundamento axiológico-normativo, mediante predeterminadas regras gerais de interpretação jurídica, e encadeia-se (...) com outras proposições jurídicas, (...)”*¹⁰². Ora o que o autor disse quanto aos direitos subjetivos, dir-se-á agora sobre qualquer outro direito. É precisamente nesse campo que a norma do art.º 816 n.º2 CPC intervêm e foi criada, tendo o objetivo de indicar a linha até onde se permite esse exceder, do mesmo modo que indica que abaixo dos 85% será materialmente considerado “manifestamente abusivo”.

Como o legislador não consegue, numa única norma, positivar uma solução perfeita, geral e abstrata, que se adegue a toda e qualquer fatispécie, porque cada caso concreto gera uma fatispécie particular e, sabendo que a solução do caso concreto deve ser alcançada tendo em conta as diversas fontes chamadas a regular o caso concreto, assim optou o legislador por espalhar, um pouco por todo o tecido jurídico, diversas normas que constituem caminhos possíveis, umas indicando a licitude, outras indicando que certos atos abusivos indiciadamente ilícitos se tornam lícitos e outras indicando que certos atos abusivos sempre serão ilícitos.

Caberá assim saber que direito ou princípio está em causa, sendo certos que cada direito e cada princípio contêm limites à sua validade e existência.

Se os limites de um direito ou princípio fundamental/basilar forem manifestamente excedidos certamente, como se verá adiante, estar-se-á perante uma situação totalmente proibida, justificada já mesmo ao nível do sistema jurídico amplo supralegal (quando se trate de direitos ou princípios fundamentais) ou com recurso a determinadas normas legais p.e a do art.º 331 CC ou a do art.º 816 n.º2 CPC e que ultime justificam a ilicitude de

¹⁰² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 198 e segs.

atuação. Se pelo contrário não se excederem manifestamente esses limites caberá sempre às fontes legais definir se há lugar a consequências, de que forma e intensidade, p.e. através de nulidade, anulabilidade, responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa. Do mesmo modo se estivermos perante um direito ou um princípio não fundamental sempre dependerá saber se as fontes legais definam alguma consequência, de que forma e intensidade, p.e. através de nulidade, anulabilidade, responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa.

Pelo fato de o legislador impor um valor de 85%, está desta forma a incentivar a alienação do bem garantindo uma solução, mas ao mesmo tempo está a desenhar a linha onde se situa o limite entre o manifestamente abusivo (abuso absoluto) e o apenas abusivo (abuso relativo). Tratando-se de um abuso relativo a solução depende da cominação ou consequência que as fontes legais determinem. Assim com aquela norma do art.º 816 nº2 CPC, não se pretende regular todo o conflito de interesses, nem tão pouco essa norma é uma solução nesse sentido, pois esses conflitos de interesses devem ser regulados pelas diversas fontes legais que ao caso são chamadas a regular, perante as matérias em causa. A referida norma é um parâmetro delimitador de que, podendo ser excedidos os direitos do credor a fim de garantir a segurança e tráfego jurídico (garantindo que o Direito não bloqueia e estagna), esse exceder nunca poderá ser em excesso manifesto ou absoluto. Assim o legislador optou por, num primeiro momento, incentivar a alienação judicial permitindo a compressão de certos direitos do devedor a fim de satisfazer os direitos do credor, mas nisso impõe que essa compressão não seja manifestamente abusiva ou excessiva ao impor que o valor para a venda ou adjudicação não possa descer abaixo dos 85% do seu valor.

Será importante saber a intensidade do ato abusivo, resultante da aplicação da própria norma do art.º 816 nº2 CPC. Se a venda ou adjudicação for por 85% neste caso estar-se-á estar perante um abuso relativo, já que o abuso absoluto é proibido pela própria norma do art.º 816 nº2. Mas atente-se que qualquer solução relativo ao abuso não será fornecida pela norma do art.º 816 nº2 CPC mas sim pelas fontes que ao caso sejam chamadas a regular e são essas normas que definirão se n caso concreto se está perante um qualquer ato abusivo e qual a resposta a conferir. A norma em questão apenas permite motivar a alienação do bem tendo em conta o conflito de interesses e à necessidade de assegurar a garantia e a segurança do tráfego jurídico, do mesmo modo que permite indicar até que ponto se aceita que essa motivação chegue de modo a que não se onere manifestamente e excessivamente o devedor.

Sendo assim é a globalidade do sistema jurídico, chamado a regular o caso concreto, que deve ser conjugado e deve fornecer as regras para a resolução e de um qualquer conflito que surja entre a aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC e os direitos e princípios que o caso sejam chamados.

Se permitido que é, naquele caso de imposição coerciva e unilateral, comprimir o direito do devedor até aquele limite dos 85%, tendo em conta aquelas preocupações, deve depois recorrer-se à globalidade da ordem jurídica chamada a regular o caso a fim de se saber se essa compressão constitui um ato abusivo ilícito ou se sendo abusivo se situa no campo da licitude.

É que atente-se, ciente daquelas preocupações, sabendo que as partes estão limitados pelo conteúdo dos seus direitos e pelos princípios que ao caso são chamados, que havendo um conflito de interesses se deve garantir a segurança do tráfego jurídico sob pena de o Direito nada solucionar e estagnar, o legislador optou apenas por impor um limite onde não se deve, de todo, ultrapassar na solução do caso e deixar para cada fonte a regulação daquele abuso menor, relativamente aceite pela ordem jurídica tendo em conta o conflito de interesses e a necessidade de o resolver.

É que todos os direitos e princípios encaixam num complexo puzzle que constitui o sistema jurídico amplo. Nisso o objeto de cada direito, a estrutura dos poderes e deveres jurídicos que integram o conteúdo dos direitos¹⁰³, a proibição da atuação em abuso do direito¹⁰⁴, ao contratos e demais negócios jurídicos¹⁰⁵, os direitos emergentes de terceiros atingidos pelos direitos das partes¹⁰⁶, ou mesmo os direitos coletivos constituem limites, uns intrínsecos e outros extrínsecos, dos próprios direitos em causa, conforme a sua interconexão na unidade do sistema jurídico em funcionamento. Para além disso o próprio exercício do direito tem limites¹⁰⁷, nomeadamente a colisão de direitos de sujeitos

¹⁰³ Fora da relação entre poderes e deveres do sujeito ativo e do sujeito passivo não há vinculação jurídica e portanto também não há direitos que as partes possam invocar ao caso.

¹⁰⁴ Sobre esta aspeto particular ver CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pág. 201 a 206 e notas de rodapé 486 a 505.

¹⁰⁵ O contrato constitui o mais interno dos limites externos dos direitos. Nesse sentido ver CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, op. cit., pág. 206. Ver também ORLANDO DE CARVALHO, *A Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Centelha Editora, 1981, pág. 70.

¹⁰⁶ Por exemplo os direitos dos restantes credores com garantias especiais.

¹⁰⁷ Neste sentido ver CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pág. 19213 a 235.

diferentes e até mesmo a ocorrência de causas justificativas da ilicitude e da culpa – p.e o cumprimento de um dever, o exercício regular de um direito, a ação direta, a legítima defesa, o estado de necessidade, e o consentimento funcionam de certo modo como limitações a exercício dos direitos.

Sendo assim nenhuma solução pode ser alcançada apenas pela aplicação da norma do art.º 816 nº2 CPC, até porque se a venda ou a adjudicação tiver sido por 85% ou mais não haverá violação dessa norma.

1.1 Ato Abusivos e dos Atos Ilícitos

Há autores que tendem a distinguir os atos abusivos dos atos ilícitos, fazendo a sua distinção com base na natureza da violação a que eles se referem, amiúde fazendo referência à violação de certos valores. CUNHA DE SÁ chega a afirmar que o ato ilícito é o “*comportamento negador de certas orientações axiológicas-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de ação ou omissão*”¹⁰⁸, afirmando que já o ato abusivo não resulta de uma contrariedade a uma específica proibição normativa, pelo contrário, o ato abusivo tem a aparência de licitude que todavia se esvai ao se desrespeitarem valores caros ao ordenamento jurídico. Outros autores há que chegam a afirmar que o ato ilícito, *stricto sensu*, implica a violação de um comando normativo e que o ato abusivo o sujeito age no exercício de um direito, mas viola os valores que lhe dão fundamento.

Outros autores chegam a afirmar que o ato abusivo se situa a meio termo, situado numa zona intermédia entre o permitido e o proibido, como por exemplo CARPENA¹⁰⁹ ou até mesmo JOSÉ PERES GEDIEL¹¹⁰ ao referir-se a essa zona intermédia como “*fronteira movediça*” entre o lícito e o ilícito.

No extremo chegam certos autores a afirmar que não há lugar a distinção entre o ato ilícito e o ato abusivo, com mais incidência no Direito Brasileiro, fazendo referência a RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR¹¹¹ que entende que o abuso é também um ato ilícito, pois o direito deixa de existir quando excedidos os seus limites. Nesta vertente existem

¹⁰⁸ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do Direito*, Almedina Editora, 1997, pág. 469.

¹⁰⁹ CARPENA, Heloísa, *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*, Editora Renovar, 2001, pág. 407.

¹¹⁰ Apud in Revista Direitos Fundamentais e democracia, Volume 7, nº7, Jan./Jun. 2010, pág. 329.

¹¹¹ Apud PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002, pág. 307

ainda outros autores que, não distinguindo ato ilícito de ato abusivo, o fazem com base na identidade dos efeitos, porque tanto um como outro ensejam responsabilidade civil do agente, que impõe o dever de reparação. Oposto a isso, CUNHA DE SÁ afirma que há que reconhecer a “variabilidade da sanção do ato abusivo¹¹²”, ou seja, a sanção do ato abusivo é variável e deve ser determinada de acordo com o caso concreto.

Todas estas referências servem para realçar que existe grande descenso da doutrina sobre a distinção entre ato abusivo e ato ilícito, e partindo dessa dicotomia, naturalmente, é difícil compreender a importância dessa distinção. Com um estudo aprofundado chega-se à conclusão de que certa razão se pode atribuir um pouco a cada um daqueles autores, senão vejamos.

De fato existe uma zona cinzenta intermédia entre o lícito e o ilícito que termina precisamente no manifestamente excessivo¹¹³. Essa zona situa-se naqueles casos em que certo exceder é permitido, mas que não é manifestamente excessivo, e esse certo exceder depende da resposta que o sistema normativo forneça e da efetiva aplicação dessa resposta, para que o ato possa ser considerado abusivo mas lícito ou, em vez, abusivo e ilícito por gerar certos efeitos que a própria legalidade recrimina de certo modo. Por exemplo um ato pode ser abusivo (relativo) mas não chegar a ser ilícito por diversos motivos, nomeadamente ter o fato prescrito, o sujeito não ter avançado com a vontade de proteção, etc., ou em vez um ato pode ser abusivo e tornar-se ilícito por se ter efetivada a proteção jurídica, p.e suscitada a nulidade e ter sido concretizada essa vontade.

É aqui que se suscita a importância da distinção entre ato abusivo e ato ilícito na discussão da fundamentação do art.º 816 n.º2 CPC.

Neste caso estamos perante um exceder de forma não manifesta dos limites impostos por princípios ou direitos em causa já que a própria norma do art.º 816 n.º2 CPC proíbe o excesso manifesto ao estabelecer o limite de 85% sobre o valor base. Cumpre saber então se esse excesso não manifesto, entre os 85% e os 100% do valor base do bem, tem

¹¹² CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do Direito*, op. cit., pág. 647.

¹¹³ Excedendo manifestamente existe abuso do direito, quer seja com referência ao art.º 334 CC ou ao sistema jurídico amplo, diferindo precisamente do comportamento assente num direito mas que o seu titular o exerce para um fim diferente do que a norma tutela ou o direito confere ou do comportamento que mesmo excedendo os seus limites não o faz de forma manifestamente abusiva mas sim apenas em excesso simples. Nesse sentido ver CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pág. 203, nota de rodapé 499 e BMJ n.º 361 pág. 527.

proteção jurídica fornecida pelas fontes legais. É que excedendo os limites será sempre um ato abusivo, cabe é saber se a ordem jurídica os considera ilícitos, e compreendamos que certos atos abusivos situam-se numa “*fronteira movediça*” entre o lícito e o ilícito dependendo da consequência cominada pelas fontes legais e de o sujeito efetivar essa proteção, até que por fim se considere esse abuso ilícito. Particular é que só certos atos abusivos é que se podem considerar ilícitos simultaneamente a partir do momento do seu conhecimento, são os atos que excedem manifestamente os limites e digam respeito a princípios e direitos fundamentais. Tudo o resto deve ser remetido para o plano das fontes legais e objeto de averiguação, atento a globalidade das fontes legais chamadas a regular o caso, a fim de saber se merece proteção e a que nível.

É que se o excesso não é manifesto e diz respeito a princípios e direitos fundamentais ao sistema então remete-se para o campo da legalidade a resposta se esse ato abusivo, presumidamente ilícito, se constitui definitivamente ilícito, averiguando se existe uma qualquer p.e. causa de exclusão da ilicitude presumida. Ligeiramente diferente, já que não se presume a ilicitude, sucede perante um excesso manifesto, ou mesmo não manifesto, perante princípios e direitos não fundamentais ao sistema. Neste caso remete-se para o campo da legalidade a resposta a esses atos abusivos, que não se presumem ilícitos, se constituem efetivamente ilícitos.

É que se excedem os limites, todos esses atos são abusivos mas a ilicitude, presumida nuns casos e não presumida noutros, só surge se efetivamente existir proteção ou exclusão de proteção e essa proteção for efetivada contra esse abuso. Até esse momento não passam de atos abusivos, situados naquela fronteira movediça entre o lícito e o ilícito.

Certos atos têm uma aparência de ilicitude porque sendo abusivos a essa ilicitude podem reconduzir mas essa aparência de ilicitude só se torna efetiva ilicitude quando o sujeito passivo invocar proteção contra aqueles atos abusivos e efetive essa vontade por uma das formas previstas na globalidade do sistema jurídico. Caso contrário aqueles atos abusivos (relativos claro) situam-se na fronteira movediça entre o lícito e o ilícito. Daí a norma do art.º 816 n.º2 CPC exista para delimitar onde se situa a fronteira do manifestamente abusivo, impondo os 85% como ponto de viragem entre o abuso relativo e o abuso absoluto. Se não existisse norma semelhante, que não indicasse tal valor ou fronteira, e o imóvel fosse alienado abaixo dessa fronteira (menos de 85%) então estaríamos perante um ato abusivo absoluto porque excede manifestamente os princípios e direitos chamados ao caso.

Em resumo pode-se perfeitamente concluir que a aplicação da própria norma do art.º 816 n.º2 CPC poderá criar um conflito com os direitos e princípios chamados ao caso concreto, já que se poderá suscitar a existência de um ato abusivo (relativo como se compreende) imposto por força das regras processuais. Mas como esse ato se situa naquela fronteira movediça entre o lícito e o ilícito, em que não se sabe *ab initio* se consubstancia um ato ilícito, terá que se recorrer à globalidade das fontes legais chamadas a regular o caso a fim de aferir se gera consequências e que proteção se confere. É que, em princípio, toda a atuação deve ser não abusiva e portanto lícita, mas isso só sucede se não for considerada ilícita pelas fontes legais, ou ao nível do sistema jurídico amplo quando se trata de direitos e princípios fundamentais. Por exceção não será possível que todas as atuações sejam todas elas absolutamente não abusivas.

Há portanto uma vasta dimensão de atos abusivos, digamos relativos, que vestem uma pele de aparente ilicitude, que só se tornarão ilícitos se a ordem jurídica configurar proteção e essa proteção for efetivada, momento em que o ato passa a ser ilícito sujeito aos efeitos que as fontes determinarem.

Neste sentido existe um pouco por todo o tecido jurídico, diversas normas e figuras jurídicas que impõem consequências ou efeitos para certas situações de abuso relativo. Mas essas normas e figuras jurídicas não têm todas a mesma preocupação e os efeitos também não são todos ao mesmo nível, pois umas reportam-se ao conteúdo do próprio ato ou negócio jurídico, outras reportam ao círculo exterior da relação e outras reportam aos efeitos na esfera patrimonial do sujeito passivo (lesado ou empobrecido).

Em sede de resumo digamos que ao ser fixado o limite de 85% do valor base, para venda ou adjudicação, está-se a estabelecer onde se situa o manifestamente abusivo mas também se está a permitir que o bem seja vendido ou adjudicado por um valor inferior ao valor real do bem. Essa imposição consubstancia um abuso imposto ao executado, abuso esse relativo porque precisamente a norma do art.º 816 n.º2 CPC impede o abuso absoluto ao fixar aquele limite. Nisso o legislador não coloca de parte, nem pretende regular com tal norma, os efeitos de um possível abuso relativo, um possível exceder dos limites, até porque perante o conflito de interesses em jogo, a solução desse conflito ou desse abuso deve ser regulado pelas fontes chamadas a regular o caso. Torna-se assim claro que o que o legislador pretende, com aquela norma, é definir a linha do manifestamente excessivo e deixar para a globalidade das fontes legais chamadas a regular o caso a regulação dessa atuação a fim de aferir se algum suposto abuso relativo existe e se merece proteção.

Vejam os de seguida que direitos estão em causa, no caso concreto, e havendo lugar a um abuso relativo que consequências ou efeitos daí decorrem e que as fontes legais pretendem acautelar.

1.2 Que direitos estão em causa?

Os direitos objetivos do banco credor, que executa o património do mutuário devedor, relevantes a indicar, são os provenientes do contrato de mútuo, os referentes ao gozo dos direitos e os provenientes das normas processuais. Nesse sentido o Banco mutuante credor está balizado pelos direitos contratuais provenientes do contrato de mútuo, nomeadamente direito ao capital mutuado e aos juros, sem prejuízo de terem acordado ou existirem outros direitos contratualizados. Para além disso o credor goza de uma série de direitos quanto à forma, modo e medida de exercício desses direitos contratuais e goza de uma série de direitos relativos ao processo judicial de execução do património do devedor. De forma simples, digamos que o banco mutuante (credor) goza do direito ao valor mutuado e aos respetivos juros, goza do direito de executar o património do devedor a fim de satisfazer o seu crédito, tendo em conta a garantia patrimonial de que goza e a existência de outros credores e de bens do devedor, goza do direito de executar o património do devedor na estrita medida do seu crédito, goza do direito de poder oferecer proposta de compra ou adjudicação do bem objeto de execução judicial e por aí adiante. Não importa aqui aprofundar exaustivamente todos os direitos mas tão só dar uma ideia.

Os direitos objetivos de um terceiro, não credor, que recorra ao processo de execução do património para adquirir o bem são, de forma simplificada, os decorrentes das normas processuais relativas ao processo de execução e venda do bem, nomeadamente o de poder oferecer proposta de compra do bem e outros relacionados com tal fato. Neste caso o sujeito terceiro, não credor, não está balizado por direitos contratuais.

Os direitos objetivos dos restantes credores são os que a lei concede em termos de poderem reagir contra a diminuição das suas garantias patrimoniais, os que resultarem dependendo do tipo de negócio jurídico em que fundam a sua atuação e os que, no fundo, de forma simplificada resultam de poder executar o património do devedor a fim de satisfazer o seu crédito, tendo em conta a garantia patrimonial de que goza, a existência de outros credores e de bens do devedor, de executar o património do devedor na estrita medida do seu crédito, etc.

Ora cada um destes sujeitos está balizado por determinados direitos e será com base nesses determinados direitos, que em cada caso concreto urge conhecer, se saberá se a aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC gera algum conflito, ou seja, se permite aferir se certos direitos foram excedidos e a que nível. Este raciocínio permitirá depois saber se, havendo conflito, há alguma norma ou figura jurídica que comine algum tipo de consequência e daí derivado comine algum efeito.

1.3 Nível ou objeto das consequências?

Com a existência daqueles direitos objetivos já acima referidos, e sabendo que certas situações geram conflitos aquando da aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC então cumpre saber se o ordenamento jurídico chamado a regular o caso fornece resposta a esse conflito, se comina efeitos ou consequência e a que nível.

Caberá saber, com recurso à globalidade da ordem jurídica, se existe alguma norma ou figura jurídica que comine uma consequência para esse excesso, que vimos não ser manifestamente abusivo. Na globalidade da ordem jurídica encontrar-se-ão normas que imputam efeitos quanto ao conteúdo do próprio ato ou negócio jurídico, outras que imputam efeitos no círculo exterior desse ato ou negócio jurídico e outras que imputam efeitos na esfera patrimonial.

Os efeitos quanto ao conteúdo de próprio ato surgem se a própria norma do art.º 816 n.º2 CPC for infringida, ou seja se o bem for vendido ou adjudicado por menos de 85% do seu valor. Só se a venda ou adjudicação for por valor inferior aos 85% do valor base do bem é que o próprio ato jurídico de fixação do preço ou de venda ou adjudicação será inválido, por nulidade ou inexistência consoante a doutrina.

Por outro lado se o credor tem direito apenas ao capital mutuado e aos juros e por outro tem direito a executar os bens do devedor na medida do seu crédito, por força da norma do art.º 816 n.º2 CPC vem, na prática, gozar de um acréscimo nos direitos, excedendo os limites impostos pelos seus direitos. Esse acréscimo consubstancia um exceder relativo correspondente ao abuso relativo imposto já que a própria norma do art.º 816 n.º2 CPC impede a possibilidade do abuso absoluto.

Na prática o credor, no fim de contas, obtém a extinção da dívida, os juros devidos e ainda uma percentagem extra, constituída pelo valor que o imóvel não cobriu na dívida mas que na realidade vale. Ora o contrato de mútuo apenas gera obrigações para o mutuário de restituição do capital devido e dos juros e as normas do processo ordenam que os credores

apenas têm direito à satisfação do seu direito, devendo ser restituído ao executado o remanescente.

Esse excesso obtido, ou melhor esse abuso imposto, vai precisamente surtir efeitos no património do executado, porque no tecido jurídico diversas figuras a esse campo apontam. Cumpre assim saber, a isso lá chegaremos no capítulo seguinte, se o efeito no património do executado é dano ou empobrecimento sem justificação. Importante é que estamos a falar de uma suposta indemnização ou restituição do enriquecimento por violar os direitos objetivos provenientes do contrato e da lei, mas não da violação da própria norma do art.º 816 n.º2 CPC porque efetivamente essa norma não foi violada. Aliás é a não violação dessa norma que cria a problemática do abuso relativo.

Tanto a responsabilidade civil como o enriquecimento sem causa são formas de reação contra as consequências causados na esfera patrimonial do lesado, derivados de uma atuação ilícita por irem além daqueles direitos objetivos, na medida em que o autor excedeu os seus direitos objetivos - apesar de não ter violado manifestamente porque a norma do 816 n.º2 CPC impediu - e com tal pode ter causado danos ou empobrecimento sem justificação.

Assim, concluindo, havendo um conflito suscitado pela aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC, atento os direitos a que o sujeito ativo está adstrito, poder-se-á reagir:

1. Verificando se o contrato ou a lei indicam consequências para esse excesso não manifesto, cominando consequências ou efeitos quanto ao conteúdo do ato ou negócio jurídico. Se o contrato ou a lei nada indica quanto ao conteúdo do ato ou negócio (p.e nulidade, anulabilidade, etc.) então nenhum efeito antijurídico resultou quanto ao conteúdo.
2. Verificando também se gerou efeitos antijurídicos na esfera patrimonial do lesado, sabendo se causou dano ou empobrecimento ilegítimo. Se gerou dano ou empobrecimento então há que reagir, particular através das figuras que a ordem jurídica fornece – a da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa.

Vejamos no capítulo seguinte se essas figuras, quanto à esfera patrimonial do lesado, estão preenchidas.

2. Que tipo de interpretação se deve fazer da norma do art.º 816 nº2 CPC e que resultado de interpretação se obtém, segundo o método jurídico

Ao se proceder à interpretação em sentido estrito da norma do art.º 816 nº2 CPC, mas também de todas as outras fontes chamadas a regular o caso concreto, foi possível entender que o elemento subjetivo – o espírito da lei - é um elemento essencial para se entender a norma do art.º 816 nº2 CPC. Nisso vimos que a interpretação subjetiva ou lógica compreende diversos elementos, nomeadamente:

1. Elementos formalmente incluídos na fonte
2. Elemento Sistemático (tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico)
3. Elemento Histórico (as circunstâncias em que a lei foi elaborada)
4. Elemento Teleológico (condições específicas do tempo em que é aplicada)

Ora sobre os elementos formalmente incluídos na fonte, nada de relevante e oportuno ao caso se revela importante em particular, ou pelo menos pouco se aproveita, pelo que nada há aqui a desenvolver.

Quanto ao elemento sistemático, por referência ao que refere o art.º 9 nº1 do CC, que a interpretação deve ter em conta o pensamento jurídico “*tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico*” revela-se uma chave valiosa para a conclusão a que se chega da fase da interpretação em sentido amplo.

Vimos que a interpretação que se faz da norma do art.º 816 nº2 CPC não deve ser isolada mas sim tendo em conta a globalidade do ordenamento jurídico onde se insere, tendo em conta as outras fontes que ao caso também se aplicam, sem prejuízo da primazia da lei. Nisso podemos chegar a uma conclusão quanto às relações que se estabelecem entre as diversas fontes chamadas a regular o caso, senão vejamos:

Subordinação:

Foi possível verificar, na interpretação da norma do art.º 816 nº2 CPC, que há lugar a uma interpretação sistemática por subordinação do conteúdo dessa norma com certos princípios e a uma certa coerência lógica do Direito num plano supralegal – de proibir em absoluto o excesso manifesto - pois existe toda uma fundamentação lógico axiológica para se pretender assegurar uma proteção em caso de se excederem manifestamente certos limites e isso reflete-se mesmo que não exista fonte legal que expressamente isso

imponha. Vimos que a norma do art.º 816 n.º2 CPC é uma positivação dessa preocupação e portanto vimos a existência de uma certa subordinação entre essa norma com o sistema jurídico amplo supralegal.

Conexão:

Foi ainda possível verificar, na interpretação da norma do art.º 816 n.º2 CPC, que há lugar a uma interpretação sistemática por conexão remota, pois há que considerar as matérias que fazem parte do conteúdo do preceito do art.º 816 n.º2 CPC ou que são chamadas ao caso pela aplicação desse preceito, e portanto isso implicou interpretar, feito ao longo dos capítulos anteriores, outros preceitos que àquelas matérias diziam respeito. Sendo assim foi necessário interpretar o conteúdo da norma do art.º 816 n.º2 CPC, aferindo as matérias aí contidas e que são chamadas, e de seguida interpretar outros preceitos que regulavam aquelas matérias.

Analogia:

Para além disso foi importante fazer um raciocínio de analogia, dentro ainda da interpretação sistemática do espírito da norma do art.º 816 n.º2 CPC, de modo a estudar as situações paralelas que possam estar relacionadas com o preceito. Houve necessidade de entender essas situações paralelas, nomeadamente a possibilidade de venda ou dação em cumprimento por via extrajudicial porque as semelhanças da situação que pudessem surgir fez presumir que o regime jurídico também seria semelhante e vice-versa, bem como entender as exceções que constituem o processo judicial face ao processo extrajudicial. Esta ideia se deve a que todas essas situações se integram numa lógica global do sistema jurídico como integradas num puzzle global. Por via desta analogia procurou-se semelhanças entre preceitos, independentemente do sistema próprio da fonte em causa.

Quanto ao elemento histórico da interpretação subjetiva-lógica da norma do art.º 816 n.º2 CPC, nada de importante houve a relatar que fosse útil em particular na compreensão da norma.

Sobre os elementos teleológicos e ratio legis da interpretação subjetivo-lógica da norma do art.º 816 n.º2 CPC foi possível entender os motivos que motivaram a criação de uma norma de conteúdo objetivo desse teor, nomeadamente de motivar e incentivar a

alienação. A justificação social dessa norma, porque toda a fonte existe para atingir fins ou objetivos sociais, leva a considerar as condições atuais ou do momento em que a fonte é aplicada porque as leis servem para regular situações presentes, mesmo que com repercussões ao passado. Ora é sobre essas condições que se procurou a relevância social e que por sua vez serviu para chegar à determinação do sentido da lei.

O elemento teleológico é pois o fundamento de valor, ao nível dos motivos, da criação da fonte, podendo ser a nível de motivo político, moral, social, económico, ou outro qualquer motivo. Estes motivos teleológicos, todos no seu conjunto, constituem a chamada ratio legis. A ratio legis é a conjugação de todos aqueles motivos que fundamentaram a criação da lei, que caberá racionalmente entender na tarefa de interpretação da lei.

Ora a ratio legis daquele conteúdo objetivo da norma do art.º 816 n.º2 CPC prende-se com a segurança e tráfego jurídico, permitindo a facilidade de alienação dos bens penhorados, perante a dificuldade de liquidez imediata dos bens penhorados existente no mercado de compra e venda de imóveis, criando dessa forma, ao baixar o preço de alienação, um incentivo e abrindo as portas a uma alienação rápida, evitando o perlongar eterno à espera de uma venda pelo preço exato do bem mas ao assim ser feito também se garanta que não se exceda manifestamente os limites impostos pelos princípios e direitos fundamentais e basilares do sistema jurídico e impostos pelos direitos objetivos dos sujeitos.

Compreendido o fundamento da norma do art.º 816 n.º2 CPC também foi possível chegar a uma conclusão sobre o resultado da interpretação.

O resultado da interpretação que se faz desse preceito legal do CPC é uma interpretação declarativa, porque o significado que se faz dos termos desse preceito são os exatamente contidos nessas palavras. Aliás não se trata aqui de outra coisa, nem tal norma suscita dúvidas quanto aos termos, tão só suscita dúvidas quanto à aplicação conjugada dessa norma com outras normas legais que ao caso também foram chamadas.

Há lugar a interpretação declarativa quando o sentido atribuído ao termo que pretendemos interpretar cabe dentro das palavras utilizadas pelo legislador, e isso vimos que cabe e não levanta dúvidas. O que levanta dúvidas é a sua conjugação com as restantes fontes chamadas a regular o caso concreto, suscitando a dúvida de se o executado se vê prejudicado ou não.

Vimos portanto que não se trata de uma interpretação extensiva, porque não se procura encaixar outras situações que escaparam à letra da lei mas que constituiriam situações que

tal como aquelas previstas na letra da lei o legislador quis legislar. Como verificamos ao longo dos capítulos, não se trata de estender o alcance da norma mas sim trata-se de conjugar as regras extraídas dessa norma com as regras extraídas de outras fontes chamadas a regular o caso e nesse confronto conjugar os sentidos de todas as regras. As regras extraídas da norma do art.º 816 são as que daí se retiram, não sendo necessário estender a interpretação dos preceitos aí contidos, trata-se sim de entender o sentido conjugado de todas as regras extraídas de todas as fontes chamadas a regular o caso e procurar saber se a atuação daí resultante consubstancia um caso de abuso e se o ordenamento jurídico imputa um qualquer efeito e proteção.

O mesmo se diga da interpretação restritiva pois também não se trata de o legislador ter emitido uma prescrição lata de mais, que abarca situações que não deveria abarcar, se tivesse podido considerar as consequências nefastas contrárias ao que a regra pretendia bloquear. Nem tão pouco de deve falar em interpretação corretiva, porque o problema é mesmo em sede de interpretação em sentido amplo, procurando o sentido conjugado das regras extraídas das fontes chamadas a regular o caso concreto. O problema é que tem-se feito confusão na distinção entre a interpretação da fonte, tendo em conta os elementos dessa fonte (interpretação em sentido estrito) e a interpretação que se faz entre diversas fontes que regulam o caso (interpretação em sentido amplo) e nesta interpretação o que se interpreta são as fontes tendo em conta a sua relação, a sua conformidade e harmonia umas com as outras procurando o seu sentido em conjunto porque naturalmente se encaixam num plano maior do sistema jurídico.

É que se primeiro se parte do caso concreto para a globalidade do sistema jurídico em busca de fontes que regulem o caso concreto e de seguida procura-se interpretar em sentido estrito o sentido de cada fonte tendo em conta claro as outras fontes mas terá depois que se voltar a partir das fontes interpretadas novamente para o sistema jurídico em busca da sua harmonia e conformidade das regras conjugadas.

Também não se trata de interpretação teleológica, fazendo referência a uma interpretação restritiva que vai mais além que a fronteira literal possível da letra da lei, atendendo que terminada a interpretação da lei, fixado o espírito da lei, a regra resultante poderia ser restringida tendo em conta as finalidades da lei. Não há lugar a interpretação teleológica porque o elemento teleológico já faz parte da interpretação em sentido estrito, como já atrás esquematizei, pelo que será aí que o elemento teleológico fará sentido e tido em

conta, até porque dar-lhe outra importância reduzindo o sentido literal da lei para além do literalmente possível com fundamento na finalidade ou teleologia da lei resultará numa restrição da regra quando o que se pretende é o conhecimento da regra e não a sua restrição.

Entendo que se deve procurar o sentido da regra, atendendo ao espírito da lei, que poderá ser restringindo o sentido mas sempre dentro do significado literal possível contido na letra da lei, ou seja, desde que tenha a mínima correspondência na letra da lei. Mas mais uma vez refiro, não se trata de estender, restringir ou corrigir o sentido da norma do art.º 816 n.º2 CPC, o que se trata é conjugar as regras resultantes da interpretação que se faça das fontes chamadas a regular o caso. Realço novamente que o problema é que se tem feito confusão na distinção entre a interpretação da fonte, tendo em conta os elementos dessa fonte (interpretação em sentido estrito) e a interpretação que se faz entre diversas fontes que regulam o caso (interpretação em sentido amplo) e nesta interpretação o que se interpreta são as fontes tendo em conta a sua relação, a sua conformidade e harmonia umas com as outras procurando o seu sentido em conjunto porque naturalmente se encaixam num plano do sistema jurídico.

Poderá sim procurar-se fazer se uma interpretação restritiva teleológica mas no fundo o que se trata é de uma interpretação em sentido amplo, partindo agora das fontes interpretadas novamente para o sistema jurídico em busca do seu sentido conjugado, naturalmente porque certas regras afastarão outras, uma diminuirão ou aumentarão outras ou até algumas se completarão para no fim se obter uma conjugação das regras.

3. Conclusão

Chega-se à conclusão, pela interpretação da norma do art.º 816 n.º2 CPC e das restantes fontes legais chamadas a regular o caso concreto, que o executado pode solicitar proteção jurídica no caso de o credor mutuante exceder os limites impostos pelos seus direitos objetivos concretos, por força da aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC. Já essa mesma proteção não se pode solicitar se for um terceiro a comprar o imóvel ao abrigo da norma do art.º 816 n.º2 CPC pois aí não estará a exceder os limite dos seus direitos objetivos concretos, pois esses são aqueles que se prendem com o poder comprar no processo (e como o fazer) não está balizado por direitos contratuais.

Isto porque a verdade é que o credor está limitado pelos direitos resultantes do contrato de mútuo, nomeadamente o direito ao capital mutuado e aos juros (sem prejuízo de outros

direitos que no contrato possam constar). Se o mutuário incumprir com as suas obrigações, o credor tem o direito de executar o património do devedor com recurso aos Tribunais e, já no processo de execução, terá direito a executar o património do devedor na estrita medida do seu crédito e não mais do que isso. Ora o seu crédito será baseado no que terá direito por força do contrato de mútuo e restantes normas legais e por tal é o conteúdo do seu direito que baliza a medida do que pode exigir e lhe pode ser conferido. Se virmos bem, os direitos resultantes do contrato e de outras fontes legais, nomeadamente o de ter direito apenas ao capital mutuado e aos juros e o de poder executar o património do devedor apenas na estrita medida do seu crédito, entram em conflito com a norma do art.º 816 n.º2 CPC porque, por força da aplicação dessa norma, o credor irá ter direito a mais do que ao capital mutuado e aos juros.

Chega-se à conclusão de que, estudando o elemento sistemático ou lógico (espírito da lei) a interpretação que se faz em sentido estrito da norma é precisamente uma interpretação declarativa, pois o significado da letra da lei cabe exatamente nos termos aí definidos, e é por se fazer uma interpretação declarativa que se verifica uma possível situação de conflito – a alienação do imóvel por apenas 85% do seu valor quando na prática o credor fica com um imóvel muito mais valioso que esses 85%. Mas tal não quer dizer que não haverá solução.

Aí chega-se à conclusão de que há apenas lugar a uma interpretação declarativa porque o problema de interpretação da norma do art.º 816 n.º2 CPC não se coloca em sede de interpretação em sentido estrito mas sim coloca-se em sede de interpretação em sentido amplo, pois no fim o que se deve procurar é conjugar o sentido de todas as regras já extraídas na interpretação em sentido estrito das fontes que foram chamadas a regular o caso concreto. Dessa conjugação das regras já extraídas anteriormente obter-se-á os termos da aplicação da norma do art.º 816 n.º2 CPC tendo em conta a globalidade do ordenamento jurídico chamado a regular o caso.

CAPITULO VII – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E RESP. CIVIL

1. Enriquecimento Sem Causa:

Como havia já referido no capítulo anterior, caberá perceber se se gerou efeitos antijurídicos na esfera patrimonial do lesado, sabendo se causou dano ou empobrecimento ilegítimo. Se gerou dano ou empobrecimento então há que reagir, particular através das figuras que a ordem jurídica fornece – a da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa.

Ao explanar sobre o enriquecimento sem causa, veremos que um dos efeitos na esfera patrimonial do lesado será o empobrecimento sem causa justificativa e esse efeito deverá ser recomposto. Nisso salienta-se a importância da subsidiariedade da figura do enriquecimento sem causa mas atente-se, a subsidiariedade da figura do enriquecimento sem causa, como se verificará, não é assim tão linear e estática. Assim começo por falar sobre o enriquecimento sem causa por prestação, de seguida no enriquecimento sem causa por intervenção e de seguida mencionarei várias situações que envolvem concurso aparente e concurso real das figuras da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.

Quanto ao regime do enriquecimento sem causa, a norma do art.º 473 n.º2 CC ao configurar a obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem por objeto de modo especial três situações típicas. São elas “o indevidamente recebido” (*condictio indebiti*) ou “o que for recebido por virtude de um causa que deixou de existir” (*condictio ob causam finitam*) ou “em vista de um efeito que não se verificou” (*condictio ob rem ou condictio causa data non secuta*).

Todas estas situações típicas têm em comum, como refere LUÍS MENEZES LEITÃO¹¹⁴, constituírem casos de enriquecimento derivado de uma prestação, o que indicia a intenção do legislador de conferir primazia a esta categoria de enriquecimento derivado de uma prestação apesar de existirem outras categorias¹¹⁵ de enriquecimento sem causa,

¹¹⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil, Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, In Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996, pág. 457.

¹¹⁵ Haverá outras categorias do enriquecimento sem causa, nomeadamente o enriquecimento por intervenção, o enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem, o enriquecimento por desconsideração do

nomeadamente o enriquecimento por intervenção.

O traço comum a todas as categorias do enriquecimento por prestação é a definição do fim dessa figura – restituição do injustificado derivado da falta de causa justificativa¹¹⁶ – daí que no art.º 473 n.º1 CC, sob a epígrafe de “princípio geral” faz referência à ausência de causa justificativa e à restituição do que injustamente se locupletou.

A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa à custa alheia pressupõe a verificação cumulativa de três requisitos¹¹⁷.

1. É necessário que haja um enriquecimento;
2. A obrigação de restituir pressupõe, que o enriquecimento, contra o qual se reage, careça de causa justificativa, o que no caso do credor deriva do exceder dos limites impostos pelos seus direitos.
3. A obrigação de restituir pressupõe, que o enriquecimento tenha sido obtido à custa de quem requerer a restituição.

Mas esses requisitos têm de ser analisados conforme o tipo de enriquecimento – por prestação ou por intervenção. Vejamos as situações típicas do enriquecimento por prestação e depois vejamos as situações do enriquecimento por intervenção.

1.1 Enriquecimento sem causa por prestação:

1.1.1 *Condictio Indebiti* (indevidamente recebido):

O enriquecimento por *condictio indebiti*¹¹⁸ assenta no pressuposto de que a prestação foi indevidamente recebida. Ora uma prestação indevidamente recebida poderá ter várias causas o que, conhecer essas causas, implica um conhecimento amplo do regime do enriquecimento sem causa, particular a sua subsidiariedade de aplicação.

património do alienante em caso de transmissão de bens para terceiro e o enriquecimento resultante de fenómeno natural.

¹¹⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit., pág. 858 a 896.

¹¹⁷ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito Das Obrigações*, Vol. I, 5ª Edição, Editora Almedina, pág. 403 e 413. Refere que quanto à configuração dogmática do instituto do enriquecimento sem causa têm vindo a ser apontadas 3 teorias: teoria unitária da deslocação patrimonial; teoria da ilicitude e teoria da divisão do instituto. Menezes leitão defende a teoria da divisão do instituto.

¹¹⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 482 e segs.

Em primeiro lugar i indevidamente recebido pode ter na sua causa uma decisão judicial, não sendo especificando a lei qual a via em que se obteve o indevidamente recebido – se foi um negócio extrajudicial ou uma decisão judicial.

Depois o indevidamente recebido, para efeitos de enriquecimento sem causa, é tudo aquilo que outro regime jurídico não acautele e conceba uma proteção ao empobrecido e que no fundo necessita de ser acautelado mas não caiba nas situações da *condictio ob causam finitam* e da *condictio ob rem* que posteriormente também serão abordadas.

Podemos considerar que a estrutura da *condictio indebiti* implica a realização de uma prestação com intenção de cumprir uma obrigação (*animo solvendi*) sem que exista uma obrigação subjacente a essa prestação (indevido objetivo) ou sem que a prestação tenha lugar entre o solvens e o accipiens (indevido subjetivo) e ainda em casos com contornos peculiares quando a obrigação existir mas não estar vencida (cumprimento antecipado).

Indevido Objetivo¹¹⁹

Um das causas é precisamente quando não exista uma obrigação (indevido objetivo).

A prestação é portanto identificada como em cumprimento de uma obrigação, seja esta proveniente de uma fonte legal ou contratual. Mas o motivo por que não existe a obrigação é relevante e havendo lugar a restituição do indevido essa restituição não pode ser acautelada por um outro qualquer regime jurídico, já que o regime do enriquecimento sem causa é subsidiário por força do art.º 474 a 478 CC. Vejamos:

O art.º 476 refere que o regime do enriquecimento sem causa não se aplica quando há intenção de prestar no cumprimento de uma obrigação mas essa obrigação não existe no momento do cumprimento da prestação. Assim por um lado será necessário que o solvens preste na convicção de que está a cumprir uma obrigação, mesmo que a obrigação não exista. Por outro lado cumpre verificar quando é que não existe uma obrigação e que situações são acauteladas pelo regime do enriquecimento sem causa.

As situações em que não há uma obrigação, relevantes para o *conditio indebiti*, são as que derivam do fato de a dívida já se encontrar extinta e do fato de a dívida não se ter constituído por força de dissensos no âmbito da formação do contrato. Se a dívida já se encontra extinta, importará o *animo solvendi* do prestador para que se aferir se o prestador estava na convicção de estar a cumprir uma obrigação.

¹¹⁹ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 485 e segs.

Animo solvendi:

É pressuposto da aplicabilidade do regime do enriquecimento sem causa, o fato de o prestador estar a prestar com a convicção de estar a cumprir uma obrigação. Se não existir este animo solvendi então aplicar-se-á os outros regimes que ao caso sejam chamados a acautelar o empobrecido, nomeadamente o regime das obrigações naturais, previsto no art.º 402 a 404 CC.

Ora o regime do enriquecimento sem causa aplica-se quando, mesmo não havendo a obrigação, o solvens age com a intenção de estar a cumprir uma obrigação. É este *animo solvendi* que faz com que, por agora, o regime do enriquecimento seja aplicado.

Ao invés, se o solvens realiza a prestação sabendo que não existe a obrigação, age sem o *animo solvendi* e aí parece claro, e nesse sentido refere LUÍS MENEZES LEITÃO¹²⁰, não se poderá aplicar o regime do enriquecimento sem causa por consideração da globalidade da ordem jurídica já que nesse caso haveria lugar por exemplo a uma doação, a cumprimento de uma obrigação natural¹²¹ ou até a uma situação de abuso do direito por *venire contra factum proprium* se o prestador realizar a prestação, no conhecimento de que não existe a dívida, e vir depois exigir a sua restituição. Aqui, atento o princípio da boa-fé, considera-se merecedora de maior proteção a confiança do recebedor – *accipiens* – na realização do pagamento.

Mas este *animo solvendi* não é único requisito para a aplicabilidade do regime do enriquecimento sem causa. Há que verificar o motivo por que a obrigação de prestar não existia no momento da prestação.

Inexistência da obrigação:

Se a dívida não se constitui-o, há que verificar se a causa de essa não constituição, p.e. nulidade, merece proteção. É que havendo outro regime que confira proteção aplicar-se-á esse regime, mesmo que o prestador esteja convicto que age no cumprimento de uma obrigação, por força de que o enriquecimento sem causa é um regime subsidiário.

As situações em que não há uma obrigação, derivado do fato de a dívida não se ter constituído, será apenas por força de dissensos no âmbito da formação do contrato,

¹²⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, op. cit., pág. 483 a 485

¹²¹ Sobre a exclusão da repetição do indevido no âmbito das obrigações naturais ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit., pág. 491 a 493.

nomeadamente o previsto no art.º 232, condição suspensiva, termo inicial ou outros dissensos do género que façam depender a constituição das obrigações. A simples invalidade do negócio, por nulidade ou inexistência, não determina a aplicação da *conditio indebiti* mas sim outro regime distinto com base nessa invalidade¹²².

Indevido Subjetivo

Poderão haver situações mistas, em que há erro sobre o sujeito mas o prestador age com a convicção de que está a cumprir a obrigação. São os casos do indevido subjetivo a que fala LUÍS MENEZES LEITÃO¹²³. São eles os casos:

- Art.º 476 n.º2 - cumprimento feito a terceiro sem eficácia liberatória - pois se se tornar liberatória mas o prestador tiver depois repetido ao credor há aqui enriquecimento sem causa do credor e terá que repetir o indevido.
- Art.º 477 - Cumprimento de obrigação alheia na convicção de estar obrigado para com o devedor a cumpri-la. Aqui o prestador terá que repetir o cumprimento da obrigação para com o verdadeiro credor, exceto nas situações previstas no artigo, e terá direito ao enriquecimento sem causa contra aquele que tinha prestado primeiramente.
- Art.º 478 - Cumprimento de obrigação alheia julgada própria. Aqui o prestador terá direito de exigir do devedor exonerado aquilo que injustamente se locupletou.

1.1.2 *Condictio Ob Causam Finitam* (recebido por virtude de um causa que deixou de existir):

O art.º 473 n.º3 determina que a obrigação de restituir pode ter por objeto o que for recebido “por virtude de uma causa que deixou de existir”. Ora a especialidade da *condictio ob causam finitam* reside no fato de que existe efetivamente uma causa jurídica no momento em que é realizada a prestação, e que lhe está subjacente em termos de legitimação, mas que posteriormente vem a verificar-se o desaparecimento dessa causa

¹²² O legislador optou pelo sistema francês, excluindo a aplicação da *condictio* em sede de invalidade do contrato ao contrário do que sucedia no direito romano e sucede no direito alemão. Consequentemente a ação de invalidade substituiu completamente a *condictio* neste campo. Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, op. cit., nota de rodapé n.º 12, pág. 486.

¹²³ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 494 a 503.

jurídica. Daí que se possa legitimar por uma pretensão dirigida à restituição do enriquecimento em virtude do que for recebido por uma causa que deixou de existir.

Conforme refere LUIS MENEZES LEITÃO¹²⁴ esta *condictio tem* e tinha um significado muito restrito, sendo que desde o direito romano dizia respeito a situações de restituição da prestação prestada em antecipação vindo a cessar antecipadamente o contrato¹²⁵, a restituição do título de crédito após extinção da dívida, a restituição de uma indemnização atribuída por uma coisa que posteriormente viesse a ser encontrada, e certas hipóteses de restituição convencionada após o decurso de um prazo – como no usufruto de coisas deterioráveis ou na restituição do dote após a dissolução do matrimónio.

Modernamente, segundo o mesmo autor, pode-se dizer que esta aplicação restrita se mantém mas acresce as situações de caducidade do contrato bilateral por impossibilidade superveniente de uma das prestações nos termos do art.º 795 CC e atribuições patrimoniais realizadas na constância do matrimónio, após o divórcio entre cônjuges.

Todas estas situações, já restritas no âmbito da *condictio ob causam finitam*, só causarão diretamente a aplicabilidade do regime do enriquecimento sem causa caso outro regime não seja chamado a acautelar o empobrecido em termos de restituição do injustificado. Ora saber quais são essas situações implica o estudo de cada uma dessas categorias restritas indicadas, o que não irá ter lugar neste trabalho por motivos de espaço, contudo por referência remeto nesse campo para a dissertação de doutoramento de LUIS MENEZES LEITÃO¹²⁶.

1.1.3 *Condictio Ob Rem*¹²⁷ (em vista de um efeito que não se verificou):

O art.º 473 n.º3 determina que a obrigação de restituir pode ter por objeto o que for recebido “em vista de um efeito que não se verificou”, excluindo a situação prevista no art.º 475 CC em que a restituição é excluída se o autor da prestação, ao efetuar a

¹²⁴ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 504.

¹²⁵ São exemplo a hipótese de adiantamento de rendas em relação ao prazo do arrendamento ou o adiantamento da remuneração em relação a um trabalho a prestar sendo que o contrato cessa antecipadamente.

¹²⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 505 a 517.

¹²⁷ Ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 518 e segs.

prestação, sabia que o efeito com ela previsto era impossível ou, se agindo contra boa-fé, impediu a sua verificação.

Ora é exigido para a aplicação desta *condictio* que a realização de uma prestação vise um determinado resultado ou efeito que posteriormente não se vem a verificar¹²⁸. Para além disso, de todo o modo, exige-se que o efeito não verificado não gere proteção do empobrecido através de uma outra qualquer figura jurídica por força do art.º 474 CC.

A exclusão da aplicação da *condictio ob rem* nos casos em que o autor da prestação sabia que o efeito com ela previsto era impossível, explica-se em virtude de nessas hipóteses o prestante não querer verdadeiramente o resultado e, em consequência, não merecer proteção jurídica pela sua não realização. Em consequência apenas se deve admitir a aplicação desta disposição em caso de conhecimento efetivo da impossibilidade de verificação do resultado, não bastando uma simples dúvida para esse efeito.

Agora vejamos se também se poderá colocar o caso de proteção através do enriquecimento sem causa por intervenção.

1.2 Enriquecimento Sem Causa por Intervenção

O enriquecimento por intervenção constitui uma categoria autónoma do enriquecimento, no qual pode também não existir um dano patrimonial do "empobrecido", designadamente nas situações de utilização de bens alheios, já que mesmo que o seu dono nenhum proveito tirasse desses bens, o "intrometido" beneficiou indevidamente deles, razão porque está obrigado a indemnizá-lo, restituindo-lhe o "valor da exploração"

Nesse sentido menciona LUÍS MENEZES LEITÃO¹²⁹ e também refere o tribunal no Acórdão do STJ de 23 de março de 1999¹³⁰ - "*A intervenção ou ingerência na esfera jurídica alheia pode ser facto constitutivo de responsabilidade civil, segundo os critérios*

¹²⁸ Luís Menezes Leitão refere que a *condictio ob rem* diz respeito a uma contraprestação, cuja realização se esperava quando se verificou a prestação, mas não veio a ocorrer. Contudo uma *condictio ob rem* diz respeito a todas as situações que tenham um efeito pretendido e esse efeito não se venha a realizar por um qualquer motivo e a proteção do empobrecido, merecendo proteção, não deva ser feita por uma outra qualquer figura jurídica por força do art.º 474 CC. Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 524.

¹²⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 688 e 689.

¹³⁰ Ver CJ, *Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, I, pág. 172 a 174 ou *BMJ n.º 485*, pág. 396 a 399.

gerais do artigo 483º do Código Civil. O enriquecimento por intervenção, que constitui uma categoria autónoma do enriquecimento sem causa, surge quando alguém obtém um enriquecimento através de uma ingerência em bens alheios, traduzida, designadamente, no uso e fruição dos mesmos. Mesmo que o proprietário, se acaso não tivesse ocorrido tal intromissão ou interferência, nenhum proveito tirasse dos bens, sempre o intrometido estará obrigado a indemnizá-lo do valor dos frutos que obteve à custa desses bens ou do valor do uso que deles fez, restituindo-lhe, pois, o valor de exploração"; Refere também nesse sentido o Acórdão do Tribunal Relação Évora de 03 de Fevereiro de 2003¹³¹ - "*Nem sempre a obtenção da vantagem de alguém à custa de outrem se exprime no empobrecimento correlativo do património do lesado. O autor que intenta a ação fundada em enriquecimento sem causa, não tem de provar um efetivo empobrecimento, bastando-lhe invocar e provar que aquele enriquecimento ocorreu à sua custa e carece de causa justificante*".

Poderá configurar-se casos de enriquecimento por intervenção, se o credor incorrendo em enriquecimento por prestação, tendo que restituir o indevido, obtenha ganhos com o imóvel enquanto perdure esse enriquecimento por indevidamente recebido. Deve nesse caso o credor restituir ao executado o valor dos frutos que obteve à custa desses bens ou do valor do uso que deles fez, restituindo-lhe, pois, o valor de exploração na medida e enquanto perdurar o que enriqueceu por prestação.

Quer isto dizer que o credor, obtendo mais prestação do que os seus direitos objetivos lhe permitiam obter, deve restituir o indevidamente recebido mas, se até esse momento em que restitui o indevidamente recebido obter ganhos com o imóvel, deve restituir também esses ganhos correspondentes na medida do que vai devolver por indevidamente recebido. Vejamos um exemplo, se o credor tiver de restituir 5000 euros, que foram pagos indevidamente pelo executado, e até ao momento em que restitui efetivamente esse valor obteve ganhos, derivados de frutos ou gozo do imóvel, dever restituir esses ganhos atento o valor do bem e da percentagem que os 5000 euros perfazem nesses valor do bem, tal com se de percentagem de propriedade se tratasse.

É que não se trata de restituir todo o enriquecimento porque nem tudo é injustificado, mas tão só restituir o enriquecimento por intervenção na medida do enriquecimento por prestação que o empobrecido tem direito.

¹³¹ Ver CJ, *Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, I, pág. 241.

Já vimos que certas situações, virtualmente se poderão configurar enriquecimento por prestação *conditio indebiti* e se poderão configurar enriquecimento por intervenção na medida desse enriquecimento *conditio indebiti*.

Mas como já mencionado *ab initio*, se por regra a figura do enriquecimento sem causa é subsidiária, por força do art.º 474º CC, essa subsidiariedade, como se verificará agora de seguida, não é assim tão linear e estática. Se comecei por falar sobre o enriquecimento sem causa por prestação e por intervenção agora mencionarei várias situações que envolvem concurso aparente e concurso real das figuras da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa por intervenção.

Vejamos agora situações em que poderá haver lugar a responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, separadamente ou em concurso.

2. Concurso entre várias figuras de proteção

É configurável ocorrerem situações em que haverá concurso de invalidades do negócio jurídico com responsabilidade civil ou com enriquecimento sem causa. Só não sendo possível concurso de enriquecimento sem causa por prestação nas hipóteses de invalidade de um negócio jurídico, por nulidade ou anulabilidades, porque essas invalidades do próprio negócio jurídico, por si, já constituem uma hipótese de restituição de prestações. Nesta medida esse regime impede a aplicação do regime do enriquecimento sem causa. Mas já será possível a aplicação do regime do enriquecimento sem causa por prestação se estiver em causa a invalidade do negócio por inexistência ou se o negócio já tiver extinguido pois essa inexistência ou extinção atribui às partes um fundamento diverso para exigir a restituição da prestação¹³².

Serão facilmente configuráveis certas situações de concurso de efeitos no mesmo plano de incidência. Aqui estamos a falar de haver concurso entre anulabilidades com nulidades ou ainda haver concurso entre responsabilidade civil com enriquecimento sem causa. Será o concurso real entre responsabilidade civil com enriquecimento sem causa que importa, de certo modo, ao presente trabalho.

¹³² Neste sentido ver MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág.460 e 461.

Por exemplo as nulidades e as anulabilidades dizem respeito aos efeitos provenientes da ilicitude quanto ao conteúdo do próprio ato ou negócio e é perfeitamente configurável existirem diversas nulidades em simultâneo e diversas anulabilidades em simultâneo ou uma anulabilidade e uma nulidade. Do mesmo modo que quanto aos efeitos na esfera patrimonial do lesado/empobrecido também será possível configurar concurso entre responsabilidade civil com enriquecimento sem causa. Como já disse, veremos que o enriquecimento sem causa, sendo subsidiário por regra, não afasta a hipótese de existir em concurso real com a responsabilidade civil ou com outra figura. É que aquela subsidiariedade tem um objeto próprio e nesse sentido não é tão linear como se poderá pensar. Nesse sentido indiretamente refere LUÍS MENEZES LEITÃO¹³³ e diretamente DIOGO LEITE CAMPOS¹³⁴.

3. Concurso entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil

Tanto a responsabilidade civil como o enriquecimento sem causa são figuras de proteção, em sede de efeitos, derivado do resultado patrimonial que um ato ou negócio jurídico provocou.

No caso da responsabilidade civil, visa-se a eliminação ou reparação de um dano no património do ofendido e no enriquecimento sem causa pretende-se a remoção do enriquecimento sem causa justificada à custa de outrem. Ora bem vistas as coisas, uma situação concreta poderá consubstanciar um dano no património em simultâneo com um enriquecimento sem causa a custa do sofredor do dano. Isto dependerá do caso concreto mas também de saber distinguir onde começa e acaba uma e outra figura. Neste sentido nem se deve falar de subsidiariedade do enriquecimento sem causa porque uma e outra figura regulam efeitos distintos – uma o dano outra o enriquecimento - e só se regulassem a mesmo efeito é que seria relevante. Mas se a proteção que se confere pelo enriquecimento sem causa for já conferido pela responsabilidade civil, por força da subsidiariedade da primeira não há necessidade de conferir a mesma proteção. É neste sentido que se deve falar em subsidiariedade do enriquecimento sem causa.

O legislador resolve, e bem, o concurso em termos de subsidiariedade de proteção do

¹³³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, op. cit. pág. 457 a 481.

LEITE DE CAMPOS, Diogo Paredes, *A Subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Editora Almedina, Coimbra, 1974, pág. 39 a 55.

enriquecimento sem causa porque não se justifica deixar ao lesado diversos meios que reparem com a mesma intensidade, mas isso não quer dizer que a aplicação de uma figura afaste a aplicação da outra. Só se afasta a mesma medida de proteção conferida pela outra figura, mas tudo o que extrapolar essa proteção será aí protegida pelo enriquecimento sem causa.

É que quando uma outra figura, que não o enriquecimento, consuma na sua proteção o que o enriquecimento iria fornecer então não se vê possível vir o enriquecimento conferir a mesma proteção, apesar de com fundamento diverso (uma no dano e outra na restituição). Apesar de as figuras, distintas que são, terem fundamentos diferentes, a figura do enriquecimento sem causa é afastada quando houver outra figura que integra na sua proteção a mesma intensidade ou quantidade do que o enriquecimento sem causa iria fornecer. Haverá aí concurso aparente se a obrigação de indemnizar o dano remover o enriquecimento do património do lesante por a indemnização já compreender na sua amplitude a mesma quantidade e intensidade de proteção que seria conferida pelo enriquecimento sem causa.

Diferentemente poderá configurar-se uma situação de concurso real se compreendermos as situações em que a intromissão nos bens alheios gerou, no autor dessa intromissão, um enriquecimento sem causa maior do que os danos provocados ao lesado. Aqui a ação produziu um resultado danoso mas também um enriquecimento sem causa que não é acautelado na amplitude da proteção da responsabilidade civil. Ora nessa situação o lesado será protegido pela responsabilidade civil, em sede de reparação dos danos, mas também pode ser protegido em sede de enriquecimento sem causa, nomeadamente por enriquecimento por intervenção. Só se afastará a intensidade de proteção do enriquecimento sem causa que coincida com a responsabilidade civil.

É que as instituições do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil dirigem-se, em geral à restauração de um equilíbrio patrimonial desfeito, uma por incidência no enriquecimento sem causa à custa de outrem e outra por incidência no dano provocado a outrem. Ora dano e enriquecimento são conceitos distintos e a sua proteção incide em objetos diferentes, no sentido de que uma incide na obrigação de indemnizar e outra de restituir. Mas para que não exista dupla incidência de proteção, mesmo em figuras que têm objetos diferentes, o legislador optou por afastar a figura do enriquecimento naquelas zonas sobrepostas em que o valor a indemnizar já incorpora o valor do enriquecimento mas atente-se que não se está a falar em incorporação na figura da responsabilidade mas sim em sobreposição de respostas jurídicas e só na sobreposição é que o enriquecimento

sem causa é afastado na medida da sobreposição.

É que se o autor do dano enriquece em mais do que o valor a pagar pelo dano causado já se estará a incidir sobre a zona não sobreposta das duas figuras, pelo que irá o lesado ser indemnizado pelo dano e restituído pelo enriquecimento.

Alguns autores invocam a ideia de que a garantia do enriquecimento sem causa está já incorporada na da indemnização civil, optando por uma ideia de incorporização de uma figura noutra, pelo que entendem que a obrigação de indemnizar já compreende todo o benefício do autor do dano. Mas não se deve confundir as duas figuras, como refere DIOGO LEITE DE CAMPOS¹³⁵, porque por um lado estas figuras existem efetivamente no sistema jurídico, uma a par da outra, e o legislador apenas pretende que uma seja afastada quando outra já providencia a mesma proteção que aquela. Se não é a mesma então estar-se-á no âmbito de duas figuras distintas e para reforçar esta ideia atente-se que, para além disso, estas figuras têm em conta a situação patrimonial do lesado e não a do autor da lesão ou do enriquecimento pelo que não se pode considerar na responsabilidade civil qualquer benefício que o autor tenha obtido pois essa será função do enriquecimento sem causa.

Através da responsabilidade pretende-se reparar o dano e no enriquecimento pretende-se restituir o enriquecimento, sempre do ponto de vista da situação do lesado atento a atuação do autor. Ora se o enriquecimento for superior ao dano, haverá concurso real de proteção e pelo contrário quando o dano for superior ou igual ao enriquecimento a responsabilidade afastará a figura do enriquecimento por força da subsidiariedade do enriquecimento sem causa.

4. Enriquecimento sem causa no caso de proteção dos credores

Exercida a impugnação pauliana¹³⁶ de um negócio extrajudicial, atribui-se ao credor impugnante nos termos do art.º 616 n.º1 CC uma pretensão contra terceiro, pretensão essa relativa à restituição dos bens na medida do seu interesse, podendo executá-los no património do obrigado à restituição e praticar os atos de conservação da garantia patrimonial autorizados por lei. A pretensão tem, no entanto, um conteúdo distinto,

¹³⁵ LEITE DE CAMPOS, Diogo Paredes, *A Subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, op. cit., pág. 51.

¹³⁶ Sobre a impugnação pauliana ver ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 6ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1995, pág. 443 a 474.

consoante estejamos perante um negócio gratuito ou um negócio oneroso, consoante o adquirente esteja de boa ou má-fé ou consoante a boa ou má-fé em simultâneo do alienante e do adquirente. Se o adquirente estiver de boa-fé “*responde só na medida do seu enriquecimento*” (art.º 616 n.º3) mas se o adquirente estiver de má-fé é responsável pelo valor dos bens que tenha adquirido, bem como dos que tenham perecido ou se hajam deteriorado por caso fortuito, salvo se provar que a perda ou deterioração se teriam igualmente verificado no caso de os bens se encontrarem no poder do devedor (616 n.º2). Ora a pretensão contra o terceiro, em que assenta a impugnação pauliana, não se destina meramente a permitir a conservação do património do devedor, afetado pela alienação, uma vez que nessa hipótese ficaria naturalmente sujeita ao regime do concurso¹³⁷ de credores nesse património, o que não acontece (cfr. Art.º 616 n.º4)¹³⁸.

A impugnação pauliana atribui, pelo contrário, ao credor uma pretensão direta contra terceiro, fundada na aquisição de bens pelo terceiro ao devedor e no prejuízo que essa

¹³⁷ Mas atenção que se a ação de impugnação for interposta por um outro credor que não o credor mais graduado, p.e. que não seja o credor que tenha uma garantia especial real – p.e hipoteca mais antiga – não ficará livre do concurso de credores já que a ação de impugnação pauliana confere ao credor, que a interpôs, apenas o “...*direito à restituição dos bens na medida do seu interesse...*” (art.º 616 n.º1). Este interesse aqui mencionado na lei é ambíguo, e que LUÍS MENEZES LEITÃO não menciona na sua dissertação de Doutoramento (op. cit), pois será um interesse limitado. Se por um lado nos transporta para o interesse legítimo a satisfazer o seu crédito por outro importa refletir que esse interesse é limitado pela legítima expectativa que teria face ao grau que a sua garantia lhe conferia no momento anterior à impugnação pauliana. Se o credor sabe que só iria conseguir um certo valor, face à existência de uma garantia superior de um outro credor, o interesse do credor impugnante consiste apenas nesse valor que sabe que iria conseguir e só será esse valor que poderá exigir do terceiro. Não será a impugnação pauliana que afastará, de todo, as garantias especiais dos restantes credores. O que a norma do n.º4 do art.º 616 quer referir é que apenas o credor que impugnou paulianamente é que gozará dos efeitos da impugnação no sentido de que não estará sujeito ao concurso de credores que existia, podendo receber em primeiro lugar do terceiro, o que era expectável receber face às garantias anteriormente existentes. E não se pode esquecer que aqui também entra em jogo a boa ou má-fé do adquirente conforme acima referido. Se o adquirente estiver de boa-fé o credor impugnante só receberá do terceiro na medida do enriquecimento, o que poderá chegar ou não para cobrir o valor que era expectável receber e dentro do seu direito de crédito. O valor a receber pode não chegar para cobrir a dois níveis, por um lado não chegar a cobrir o que era expectável, e por outro não chegar a cobrir o seu crédito porque já o que era expectável receber também não preencheria totalmente o seu crédito

¹³⁸ Nesse sentido ver ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em geral*, op. cit., pág. 455 e MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993, pág. 310.

aquisição representou para o credor em virtude da conseqüente diminuição da sua garantia patrimonial. Ora entendida nestes termos parece claro que essa pretensão tem por fonte o enriquecimento sem causa do terceiro à custa do credor, em termos semelhantes às hipóteses previstas no art.º 481 e no art.º 289 n.º2. Efetivamente também neste caso está em causa a frustração de uma pretensão que um credor tinha contra o alienante, em resultado do negócio de alienação, que provoca a diminuição do enriquecimento ou da garantia patrimonial do devedor. O fato de ocorrer uma aquisição para um terceiro, em resultado desse negócio, permite ao credor a desconsideração do património do devedor e o exercício da ação de enriquecimento diretamente contra o terceiro adquirente.

A qualificação desta pretensão como resultante de enriquecimento sem causa é, alias, natural atento o paralelismo de regime do art.º 616 n.º1 e n.º3 com o art.º 479 e 480, uma vez que em ambos os casos se prevê a restituição do obtido à custa de outrem, ou da restituição do valor em caso de impossibilidade, sendo que essa restituição, em caso de boa-fé, é limitada ao enriquecimento¹³⁹.

Mas para tal é necessário porém que essa aquisição não tenha causa jurídica, considerando o legislador como tais as aquisições resultantes do negócio paulianamente impugnado.

Se o terceiro estiver de boa-fé só terá que restituir na medida do seu enriquecimento mas se estiver de má-fé terá que restituir o valor dos bens que adquiriu.

Ora a fundamentação dogmática para a atribuição neste caso de uma pretensão de enriquecimento contra terceiro, por este estar de boa-fé no negócio, parece residir na consideração de que a aquisição pelo terceiro não constitui uma legítima *causa retentionis* a partir do momento em que se verifica a impugnação pauliana do negócio, e a lei concebe a essa ilegítima causa *retentionis* a conseqüência de restituir o seu enriquecimento. Na má-fé já se sabe que a lei concebe a restituição do valor do bem, e até o enriquecimento por intervenção que possa advir.

Mais sendo simples a solução em caso de uma alienação gratuita, já será mais complicada a explicação dogmática da restituição em virtude da aquisição onerosa, uma vez que esta constitui em princípio uma causa legítima de aquisição que, conforme se verificou, em princípio exclui a aplicação do enriquecimento sem causa. O que sucede é que em

¹³⁹ Salienta Luís Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, op. cit., nota de rodapé n.º 4, pág. 854, que este paralelismo falha apenas relativamente à responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa, em caso de má-fé, que o art.º 480 qualifica como culposa enquanto no art.º 616 n.º2 se prevê que abranja o caso fortuito.

negócios onerosos extrajudiciais, só haverá lugar à procedência da impugnação pauliana se ambos estiverem agido com má-fé (art.º 612 nº1 CC) ou seja com a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor (art.º 612 n2 CC).

Para a procedência da impugnação pauliana, e para considerar a aquisição onerosa uma causa ilegítima, e obrigar o terceiro através da impugnação pauliana à restituição do valor total do bem adquirido é necessário a má-fé simultânea do devedor e do terceiro, consistente na consciência do prejuízo causado ao credor que a impugnação pauliana exige (o denominado *consilium fraudis*, cfr art.º 612).

Assim em *consilium fraudis* não é legítimo a celebração desse negócio, a aquisição não tem causa justificativa, pelo que, uma vez paulianamente impugnada deve ser reposta essa garantia patrimonial obtida à custa de outrem e não se aplica a limitação na medida do enriquecimento em virtude da boa-fé (art.º 616 nº3 CC)¹⁴⁰ porque em negócio oneroso é necessária a má-fé de ambos para que a impugnação pauliana possa prosseguir (art.º 612 CC).

Estes casos enriquecimento sem causa do terceiro são, no fundo, casos de hipóteses próximas do enriquecimento por intervenção, uma vez que se verifica a usurpação, através de uma atuação concreta do alienante e do terceiro, da garantia patrimonial dos credores, com a consequente obrigação de restituição dessa garantia, ou seja não se trata de uma prestação direta entre os credores impugnantes e o terceiro. O fato de o credor poder, através da desconsideração do património do alienante, exigir a restituição diretamente do terceiro, sem se sujeitar ao regime do concurso de credores leva, no entanto, à integração deste caso no âmbito desta categoria de enriquecimento sem causa por *conditio indebiti*.

Mas atente-se que o caso trazido aqui a estudo, implica a intervenção do tribunal e tem na base a norma do art.º 816 n2 CPC, e sendo assim a alienação a terceiro não pode ser a doação (que seria uma *causa minor de retentionis* independentemente da boa ou má fé¹⁴¹)

¹⁴⁰ Haverá um caso de restituição de enriquecimento sem causa, mas entre o terceiro e o devedor alienante, já que a procedência da restituição do valor total do bem pelo terceiro ao credor impugnante (art.º 616 nº1CC) permite a este terceiro poder posteriormente exigir do devedor alienante aquilo com que este se enriqueceu com o que o terceiro lhe pagou (art.º 617 nº1 in fine).

¹⁴¹ Apesar de que em caso de boa-fé p terceiro apenas terá que restituir na medida do seu enriquecimento (art.º 616 nº3 CC) ao invés da má-fé que teria que restituir o valor total do bem (art.º 616 nº2 CC)

mas sim a venda (judicial). Ora perante uma venda judicial, a falta de justificação, para essa aquisição ser considerada ilegítima causa *retentionis* a partir do momento em que se verifica a impugnação pauliana do negócio, depende da existência de má-fé de ambos os intervenientes.

Mas a má-fé dos intervenientes não se coloca num negócio judicial de venda ou adjudicação, precisamente porque essa alienação judicial faz-se pela mera aplicação das regras processuais (particular pela aplicação do art.º 816 n.º2 CPC) e é essa aplicação das regras processuais que cria uma situação de diminuição da garantia dos restantes credores. Sendo assim por a venda ou adjudicação judicial ser um ato oneroso mas não ser relevante a boa ou má-fé dos intervenientes por essa venda depender da aplicação das regras processuais então a impugnação pauliana não procede (art.º 616 n.º1 CC). Isto porque será irrelevante a boa ou má-fé de cada um, ou até da má-fé simultânea do devedor e do terceiro, consistente na consciência do prejuízo causado ao credor (o denominado *consilium fraudis*, cfr art.º 612), e que levaria a que essa aquisição não se possa considerar fundada numa causa legítima, porque são precisamente as regras do processo de execução judicial que criam aquela situação de diminuição das garantias patrimoniais dos restantes credores. Ora perante tal fato não será possível aos credores impugnarem a alienação judicial e invocar contra terceiro (seja esse terceiro o credor banco ou um terceiro ao caso) a restituição da garantia (valor total do bem) ou do enriquecimento sem causa.

5. Conclusão

Sendo assim, e em sede de conclusão sobre o exposto neste capítulo, será configurável a possibilidade de o executado solicitar a restituição do enriquecimento por prestação *conditio indebiti* do credor banco mutuante, pelo fato de ter que continuar a pagar o crédito que o imóvel não cobre na execução mas que deveria cobrir se o bem fosse vendido pelo seu valor real.

Será também configurável a possibilidade de haver lugar a concurso de enriquecimento por prestação *conditio indebiti* e enriquecimento por intervenção. Para além disso poderá haver lugar a concurso real de enriquecimento sem causa por prestação *conditio indebiti* com responsabilidade civil.

Já os restantes credores não podem impugnar a venda ou adjudicação judicial através da figura da impugnação pauliana porque tratando-se de um negócio oneroso e a impugnação pauliana depender nesse caso de má-fé de ambos os intervenientes (*consilium fraudis*, cfr

art.º 612 CC) tal requisito de *consilium fraudis* não será possível de aferir em sede de processo judicial. Aliás em sede de processo judicial os intervenientes estarão todos de boa-fé, limitando-se todos a cumprir com as regras legais processuais.

. Ora como a venda ou adjudicação judicial depende da aplicação das regras processuais, particular a norma do art.º 816 n2 CPC, então a boa ou má-fé não será chamada neste caso. Sendo assim não se pode preencher os requisitos da má-fé de ambos os intervenientes conforme o art.º 612 CC exige.

PARTE III

TÍTULO I - INTERPRETAÇÃO EM SENTIDO AMPLO DAS FONTES CHAMADAS A REGULAR O CASO

CAPÍTULO I - CONJUGAÇÃO DAS REGRAS EXTRAÍDAS

1. Considerações gerais da conjugação das regras

Ora, até aqui, o que procurei desenvolver foi, precisamente, numa primeira fase partir dos fatos para a globalidade do sistema jurídico em busca das fontes que, eventualmente, ao caso jurídico dizem ou possam dizer respeito. Numa segunda fase, e que ficou plasmado ao longo dos capítulos, fui expondo sobre as fontes legais encontradas, pontuado por comentários de jurisprudência e doutrina, que de modo geral são chamadas a resolver o caso concreto, e analisando-as atento a globalidade do ordenamento jurídico de modo a extrair as regras nelas contidas. Procurei assim expor uma série de regras chamadas a regular o caso concreto. Nisso foi perceptível que, perante a complexidade e excetualidade do caso, a solução nunca passaria pela consideração de qualquer fonte de forma isolada, sobretudo a fonte do art.º 816 nº2 do CPC pois será necessário (sempre) conhecer as regras de cada fonte, atento a globalidade do ordenamento jurídico, mas também conjugar o sentido dessas regras sabendo que também há uma restrição da fatispécie do caso concreto.

Isto é porque o ordenamento jurídico tem um plano e um sentido, onde cada fonte se insere cumprindo o seu papel. A norma do art.º 816 nº2 do CPC é uma fonte legal, que tem o seu papel nesse plano e naturalmente não se compreende aí toda a orientação jurídica para certos problemas excepcionais e concretos. A solução desses problemas excepcionais e concretos devem ser analisados segundo o plano do sistema jurídico da sociedade em que se insere, nomeadamente através da interpretação das regras das fontes chamadas a resolver o caso concreto.

Se antes se procurou no ordenamento jurídico as fontes de Direito que são chamadas a regular o caso e depois se procurou extrair as regras aí contidas, naturalmente agora se tem que procurar o sentido conjugado dessas regras extraídas tendo em conta a limitação que a fatispécie do caso concreto opera. A este momento, que ainda se refere à interpretação em sentido amplo mas que se segue à interpretação em sentido estrito, é o momento de partir das fontes, ou melhor das regras extraídas das fontes, novamente para o ordenamento jurídico de modo a conjugar o seu sentido global sabendo que as

particularidades do caso concreto as vão limitar também.

Um conjunto de regras cruzar-se-ão com outras, umas impor-se-ão a outras, as particularidades do caso concreto produzirão a anulação de certas regras e a imposição de outras ou a conjugação de várias e no fim desta grande operação ter-se-ão as regras filtradas, apuradas tendo em conta o seu sentido conjugado e a fatispécie do caso concreto. É que não nos esqueçamos, o Direito é tendencialmente individualizador, ou seja, as fontes legais são tendencialmente gerais e abstratas – e as regras extraídas também – mas o Direito a aplicar tem de encaixar no caso concreto que é único e individual e portanto a solução tem de ser apurada tendo em conta o caso concreto específico.

É precisamente esse o objeto deste capítulo, a busca do sentido conjugado das regras extraídas de todas as fontes analisadas, tendo em conta a fatispécie do caso concreto. É que o Juiz ou qualquer outro interprete, ao interpretar e aplicar a lei, deve não só interpretar o sentido próprio da norma em si mas também proceder a uma exégesis dos valores, princípios, mecanismos legais e todas as fontes chamadas a regular o caso de forma a obter uma interpretação que seja de acordo com o Direito e a Justiça. É que a solução do caso só é de Direito se tiver conteúdos de justiça e se assim não for então poderemos ter uma solução do caso, normativa e jurídica, mas não teremos uma solução de Direito.

Procurar a solução de Direito é a permissa maior porque não se aceita certas decisões tomadas, porque se recorre de decisões, precisamente por se entender que elas não estão de acordo com o Direito. Naturalmente que encontrar a solução de Direito não é fácil, simplesmente porque o ser humano não é perfeito e não tem o conhecimento absoluto, mas há que fazer um mínimo de esforço nesse sentido e entender que uma solução de Direito deve assentar na resposta que a globalidade do ordenamento jurídico fornece e não apenas em uma ou algumas regras de uma ou algumas fontes.

Lembra a propósito Chaim Perelman que *"se o juiz viola regras de justiça concreta aceitas por ele, é injusto. Ele é injusto involuntariamente se o seu julgamento resulta de uma representação inadequada dos fatos. Ele é injusto voluntariamente quando viola as prescrições da justiça formal."*¹⁴² Ora no caso, se o juiz interpreta a norma de forma isolada será injusto de forma involuntária ao fazer uma representação inadequada das

¹⁴² GALVÃO G. PEREIRA, Maria Ermantina, *Ética e Direito – Tradução*, Edição Martins Fontes, São Paulo, 1966, pág. 23.

prescrições formais e das prescrições da globalidade do ordenamento jurídico.

O juiz deve, acima de tudo, procurar interpretar o Direito atento o caso concreto e o sentido que o ordenamento jurídico na sua globalidade tem para o caso e não uma ou algumas fontes isoladas e isso naturalmente implicará, caso certas regras entrem em conflito, que se terá que comrimir umas em função de outras, conjugar umas com outras de acordo com o plano do sistema jurídico quando diversas regras se conjugam.

Nisso a interpretação do juiz deve ser indutiva, supra linguística normativa, não apenas assente na letra da norma isolada (da norma do art.º 816 n.º2 CPC) mas sim tendo em conta a problemática-concreta, o fim da norma e o fundamento do Direito onde se insere essa norma, em obediência ao pós-positivismo mas também considerando o fim e garantia do Direito, como forma de proteção da Justiça. É que a interpretação da norma jurídica em desconformidade com o bem comum, com a evolução cultural, com o caso concreto atenta as suas particularidades ou ainda, em desacato a própria estrutura de um ordenamento jurídico geram injustiças, desigualdade social ou, no mínimo um sentimento de injustiça.

Em excelente artigo intitulado "A Hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino" publicado no site do Conselho da Justiça Federal, de Rodrigo Andreotti Musetti ensina que "*A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, qual seja, a justiça. Se assim fosse, já teríamos computadores recolhendo os casos concretos e aplicando neles as leis pertinentes. A natureza e a realidade humana não podem ser tratadas como números ou fórmulas.*"¹¹

Dai a necessidade de uma fase de Aplicação do Direito, aplicação das regras extraídas após o estudo das fontes e do sentido da globalidade do ordenamento jurídico, de modo a moldá-las ao caso concreto, deixando de ser uma solução geral e abstrata e passar a ser uma solução concreta e individual. Para se alcançar uma solução tendencialmente individualizadora, exige-se que o intérprete tenha uma noção ampla de interpretação jurídica na medida em que não seja uma interpretação apenas jusnaturalista, positivista ou pós-positivista, mas sendo estas todas, deixe também de fazer uma separação estanque entre a interpretação e a aplicação do direito, não conceba a norma sem ter em conta os seus fins como sejam a Paz Social, a Justiça e a Segurança Jurídica e acima de tudo tenha em consideração que o Direito vai para além da norma jurídica. Kant resumia tudo isto numa só frase "*A faculdade de julgar constitui um talento particular que não pode ser*

*apreendido, unicamente exercitado*¹⁴³, até porque entendia que as necessidades de agir ultrapassam infinitamente as possibilidades de conhecer¹⁴⁴.

Também Hans Kelsen distinguia a interpretação do direito da aplicação do direito. Distinguia a interpretação realizada pela ciência do direito da interpretação levada a cabo pelo aplicador do direito que é sempre autêntica, referindo que esta última cria direito, pois nesta interpretação do aplicador do direito acresce um ato de vontade em que o aplicador do direito opta pelas várias possibilidades reveladas através da interpretação (que ele denomina de cognitiva). Apesar de distinguir os momentos não deixa de qualificar os dois como de interpretação¹⁴⁵.

Ora a solução do caso deve ser prática, deve obter uma solução e não apenas colocar novos juízos problemáticos daí a necessidade de ir mais além conjugando esses métodos todos, compreendendo o caso concreto, as preocupações jurídica axiológico-concreta constante das normas jurídicas para encontrar o Direito que primeiramente levou à criação daquela norma ou normas. Neste sentido importa referir Castanheira Neves, Esser e Kriele no sentido em que referem que a própria interpretação jurídica, enquanto normativamente constitutiva, tem como objeto problemático o caso decidendo e que não se parte metodicamente da norma para o caso concreto mais sim do caso concreto para a norma¹⁴⁶.

Sendo assim a solução do caso concreto deve privilegiar a indução em prejuízo da dedução, acompanhando uma tendência atual para aplicação de métodos indutivos na resolução de conflitos. Como refere JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES “*a dedução que o intérprete realiza é ainda, nos dias de hoje, em grande medida no espírito das leis: o juiz boca morta pronuncia as palavras da lei*” e isso não deve suceder sob pena de não se realizar o Direito. Deve fazer a dedução de forma objetiva, equilibrada, desapassionante, respeitando a razão e, as vezes usando de audácia, lançando mão das diversas normas jurídicas, princípios e valores que ao caso são chamados a regular, de modo a extrair o Direito para alcançar a Justiça na sua plenitude. Isto sem nunca, para

¹⁴³ KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Pura*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, Lisboa, 2001.

¹⁴⁴ Apud CASTANHEIRA NEVES, António, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, op. cit., pág. 83.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª Edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1976, pág. 470.

¹⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, António, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, op. cit., pág. 80 e 81.

isso, extrapolar o limite da própria norma jurídica que ao caso se aplicam pois “*cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermenêuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos.*”¹⁴⁷

Assim:

2. Quanto ao contrato de mútuo

a) Portanto quanto às obrigações contratuais, a principal obrigação do mutuário é, tanto no mútuo de escopo como no mútuo típico, a restituição do capital e entrega dos juros. É que o capital mutuado foi transferido da propriedade do mutuante para a do mutuário, apesar de ter em vista uma obrigação de aplicação desse capital a um fim específico – a aquisição de habitação. Será assim de afirmar que o escopo do mútuo é uma vinculação acrescida, mais uma obrigação com origem em convenção, a juntar às obrigações típicas de restituição do capital mutuado e dos juros, não havendo qualquer fundamento que justifique a interpretação de que a existência de um escopo limite a responsabilidade do devedor a esse bem adquirido. Digamos que o escopo constitui uma obrigação a ser cumprida *ab initio* e essencial para a procedência do mútuo, já que se o capital mutuado for aplicado em fim diverso do clausulado isso implicará a responsabilidade contratual, ultime anulabilidade do contrato de mútuo pelo credor com conseqüente restituição do capital mutuado, juros que sejam devidos ao tempo e indenização civil.

Sendo assim as obrigações que resultam do contrato de mútuo e que constituem direitos do credor são, por regra, as de restituição do capital mutuado e dos juros.

b) Compreendida a natureza do contrato de mútuo, particular quanto ao regime da extinção das obrigações daí decorrentes, e chegados à conclusão de que o contrato de mútuo bancário de escopo voluntário, atípico que é, não limita a responsabilidade do mutuário ao escopo do contrato mas antes constitui uma obrigação acrescida, atendendo às obrigações típicas do mútuo civil, a ser cumprida *ab initio*.

¹⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*: Forense Editora, Rio de Janeiro, 1994, pág.103.

3. Quanto às garantias das obrigações

- a) Em princípio, todo o património do devedor serve como garantia das obrigações assumidas, constituindo uma garantia geral das obrigações, respondendo por todas as dívidas do devedor. Como exceção a essa regra surgem os casos dos regimes especiais de separação do património, os casos em que a lei estabelece uma ordem de bens a penhorar em primeiro lugar (art.º 751 CPC) e só na medida em que cubra o valor da dívida em causa e das custas (art.º 735 n.º 3 CPC), os casos em que a lei estabelece que certos bens são totalmente, relativamente ou parcialmente penhoráveis e os impenhoráveis (art.º 736 a 739 CPC), os casos das preferências legais dadas a certos bens como é o caso das garantias especiais, os casos das preferências voluntárias, desde que se trate de matéria disponível às partes, em que por convenção das partes se clause a limitação da responsabilidade em que certos bens respondem, em primeiro lugar, pelas dívidas face a outros ou se convencionam que apenas certos bens é que respondem pelas dívidas limitando-se a responsabilidade do devedor a algum ou alguns bens (art.º 602º CC).
- b) Regra geral, também todo o património do devedor serve de garantia para com todos os credores, e entre estes, de modo igual. A isto se chama de princípio *par conditio creditorum*, onde assenta e nisto faz referência o art.º 604 n.º 1 do CC. São exceções a essa regra geral, os casos de haverem preferências legais (garantias especiais ou decisões judiciais) ou preferências voluntárias registadas (causas legítimas de preferência derivadas de convenção e devidamente registadas).
- c) Vimos que o Banco credor constitui-o uma hipoteca sobre o bem imóvel e essa garantia, especial real confere ao credor, de acordo com o n.º 1 do art.º 686º CC, 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 de prioridade de registo.
- d) Vimos também que essa hipoteca, sendo uma garantia especial das obrigações, confere apenas ao credor uma garantia de que certo bem responderá em especial por certa dívida, em preferência com outros bens e em preferência com os credores comuns ou credores especiais com garantia constituída posterior à hipoteca, mas não constitui um limite da responsabilidade da dívida a esse bem onerado com essa garantia especial real.

4. Quanto aos processos de extinção das garantias

- a) Vimos que estão à disposição das partes diversas formas de garantir o cumprimento das obrigações assumidas e não cumpridas, nomeadamente através de processos

extrajudiciais ou através de processos judiciais. Serão processos extrajudiciais de extinção das obrigações, o pagamento da dívida, a dação em cumprimento, a dação pro solvendo, a cessão de bens aos credores, a consignação em depósito, a compensação, a novação subjetiva ou objetiva, a remissão, a confusão, a permuta por outro imóvel de menor valor ou permuta por coisa diversa e a alienação do imóvel a um fundo de investimento para arrendamento habitacional. Serão processos judiciais de extinção das obrigações, a execução por incumprimento contratual, a execução fiscal e a insolvência singular ou coletiva.

- b) Vimos que, atento a problemática trazida a estudo, no nosso ordenamento jurídico existem três tipos de ação executiva, e a que interessa ao estudo é a execução para pagamento de quantia certa, já que pelo incumprimento do contrato de mútuo o património do devedor é executado a fim de, com o dinheiro daí decorrente, se poder liquidar o valor em dívida. Vimos ainda que neste tipo de ação, pretende-se executar o património do devedor (garantia especial real) ou de terceiro (garantia especial pessoal) a fim de se obter, por conta do cumprimento da obrigação que não foi cumprida, o pagamento do capital mutuado em dívida e os juros. Para tal, na prática são penhorados os bens do património do devedor (ou de terceiro conforme a garantia em causa) que sejam suficientes para cobrir a importância da dívida e custas, à exceção dos casos já assinalados como exceções, e que essa penhora constitui também por si uma garantia especial real a par da garantia da hipoteca.
- c) Na sequência da penhora, os bens penhorados são vendidos ou adjudicados (em regra) para que com o produto obtido da sua venda se proceder ao pagamento das dívidas em causa. Deste modo, o exequente credor obtém um resultado equivalente ao do cumprimento da obrigação que, segundo o título executivo, lhe é devido.
- d) Quanto à venda, existem várias regras e modalidades de venda do bem penhorado, nomeadamente as previstas no art.º 811 e 814 CPC.
- e) Quanto à adjudicação, consiste em o exequente (ou qualquer credor reclamante) poder requerer que lhe sejam adjudicados bens penhorados, não compreendidos nos artigos 830.º e 831.º, para pagamento, total ou parcial, do crédito (art.º 799 n.º1 e n.º2 CPC) o que equivale a uma situação semelhante ao da figura da dação em cumprimento.
- f) Vimos que a lei civil prevê dois tipos de dação: a dação em cumprimento (art.º 837 a 839 do C.C) e a dação em função do cumprimento (art.º 840 do C.C). A dação em cumprimento (“datio in solutum”) consiste na realização de uma prestação diferente da que é devida com o fim de, mediante acordo do credor, extinguir imediatamente a

obrigação. Já a dação em função do cumprimento (“*datio pro solvendo*”) é uma dação condicional, não tendo como fim extinguir imediatamente a obrigação mas sim facilitar o seu cumprimento.

- g) Vimos também que a natureza jurídica da execução judicial tem, regra geral, uma fundamentação muito em linha com o regime da *datio pro solvendo*, quanto à extinção das obrigações do executado, já que a execução é condicional, não tendo como fim extinguir imediatamente a obrigação mas sim facilitar o seu cumprimento à medida que o respetivo crédito vai sendo satisfeito pela execução do património.
- h) Como exceção a essa regra geral, por força da norma do art.º 821 n.º3 CPC abrir as portas a que na adjudicação possa ser decidido, por acordo entre todos, que o valor correspondente à adjudicação possa ser inferior aos tais 85% como valor a anunciar por força do art.º 799 n.º3 CPC que manda aplicar a norma do art.º 816 n.º2 CPC então nada obsta que nesse acordo se possa também contemplar que, por acordo entre todos, a adjudicação possa ser no regime de extinção imediata da obrigação semelhante ao da *datio in solutum*. Nesse sentido, por lógica da razão, do mesmo modo se pode entender que na modalidade da venda judicial também possa haver o mesmo acordo que o previsto para a adjudicação no art.º 821 n.º3 CPC tal como também se possa decidir pelo regime de extinção imediata da obrigação semelhante ao da *datio in solutum*. Isto será questão para o campo da interpretação extensiva da norma mas de certo modo pode ser resumido aqui o exercício.
- i) Não havendo o referido acordo, por não se tratar desse caso em análise, sendo assim a execução judicial dos bens não extingue imediatamente as obrigações do mutuário, pelo contrário vai extinguindo em função do seu abatimento no valor da dívida.

5. Quanto à avaliação do imóvel

- a) Vimos que poderão advir prejuízo para as partes, derivado do valor do imóvel ter sido erroneamente considerado no âmbito do processo judicial e que perante tal há que poder reagir.
- b) Vimos que o valor base do imóvel a vender é decidido pelo agente de execução (art.º 812 n.º2 alínea b) CPC) e neste caso refere a lei que o valor base dos bens imóveis corresponde ao maior valor base - entre o valor patrimonial tributário (art.º 812.º n.º3 alínea a) CPC - se essa avaliação tributária tenha sido efetuada há menos de 6 anos - e o valor de mercado do imóvel (art.º 812 n.º3 alínea b) CPC).
- c) Caso a consideração do valor base do bem, para efeitos de processo judicial, for

erradamente considerado ou com base em valores que não correspondem ao valor atual e real do bem, as partes podem recorrer dessa decisão e solicitar que seja considerado o valor real e atual do bem (art.º 812 n.º 7, CPC).

6. Quanto à norma do art.º 816 n.º2 CPC

- a) Vimos que no processo de alienação judicial, o valor a anunciar para venda ou adjudicação não corresponde ao valor real base (real) do bem mas sim é igual a 85% do valor base dos bens por força do art.º 816 n.º2 CPC (quanto à venda) e quanto à adjudicação por força do art.º 799 n.º3 CPC que para o art.º 816 n.º2 remete.
- b) Salientou-se que a própria norma do art.º 816 n.º2 CPC poderá criar um conflito com os direitos e princípios chamados ao caso concreto, já que se poderá suscitar a existência de um ato abusivo (relativo como se compreende) imposto por força das regras processuais ao executado. Mas como esse ato se situa naquela fronteira movediça entre o lícito e o ilícito, em que não se sabe *ab initio* se consubstancia um ato ilícito, terá que se recorrer à globalidade das fontes legais chamadas a regular o caso a fim de aferir se gera consequências e que proteção se confere e se o ato abusivo relativo se transforma em ato ilícito. É que, em princípio, toda a atuação deve ser não abusiva e portanto lícita, mas isso só sucede se não for considerada ilícita pelas fontes legais, ou ao nível do sistema jurídico amplo quando se trata de direitos e princípios fundamentais.
- c) Vimos ainda que por exceção não será possível que todas as atuações sejam todas elas absolutamente não abusivas. Há portanto uma vasta dimensão de atos abusivos, digamos relativos, que vestem uma pele de aparente licitude pois só se tornarão ilícitos se a ordem jurídica configurar proteção e essa proteção for efetivada, momento em que o ato passa a ser ilícito sujeito aos efeitos que as fontes determinarem. Neste sentido existe um pouco por todo o tecido jurídico, diversas normas e figuras jurídicas que impõem consequências ou efeitos para certas situações de abuso relativo. Daí que a norma do art.º 816 n.º2 CPC exista para delimitar onde se situa a fronteira do manifestamente abusivo, impondo os 85% como ponto de viragem entre o abuso relativo e o abuso absoluto.
- d) Vimos que o fundamento para a existência dessa norma do art.º 816 n.º2 CPC, tal como com a norma do art.º 334 CC, é de desenhar a linha do que seja manifestamente abusivo e portanto ilícito *ab initio*, apesar de não estar expressamente contida na lei, o efeito gerado de nulidade ou inexistência (consoante a posição doutrinária). Nisso o legislador não coloca de parte, nem pretende regular com tal norma, os efeitos de um possível abuso relativo que possa surgir, um possível exceder dos limites, até porque atendendo ao

conflito de interesses em jogo, a solução desse conflito ou desse abuso deve ser regulado pelas fontes chamadas a regular o caso.

Torna-se assim claro que o que o legislador pretende, com aquela norma, é definir a linha do manifestamente excessivo, e portanto ilícito ab initio por força legal, e deixar para a globalidade das fontes legais chamadas a regular o caso a regulação dessa atuação abusiva relativa que possa surgir. Assim tal norma não diz respeito nem concebe consequências ou efeitos quando se trata de exceder os limites de forma não manifesta, mesmo que esse exceder se considere abusivo atendendo o conteúdo dos direitos do sujeito ativo. Assim se o bem não for alienado por valor inferior aos 85% do seu valor base não haverá violação da norma. É que essa norma existe precisamente para impedir que sejam excedidos de forma manifesta os limites impostos pelos princípios e direitos objetivos que vinculam o sujeito ativo mas que nada diz quanto a um exceder que não seja manifestamente abusivo, ou seja entre a barreira do legal e a barreira do manifestamente abusivo.

- e) Nessa linha de ideias importou referir como se afere se a atuação é relativamente abusiva, chegando-se à conclusão de que importa entender se se o sujeito ativo excede o conteúdo dos seus direitos. Nisso vimos que se o credor tem, por um lado, apenas direito ao capital mutuado e aos juros e, por outro, tem direito a executar os bens do devedor na medida do seu crédito. Ora por força da norma do art.º 816 nº2 CPC vem a, na prática, gozar de um acréscimo nos direitos, um exceder dos limites impostos pelo conteúdo dos seus direitos, porque o credor irá receber um bem com certo valor e exigir o pagamento do valor que o bem não cobriu mas na realidade vale ficando assim com mais crédito do que tem direito por força do título executivo. É que o devedor terá que continuar a pagar o valor que o bem não extinguiu na dívida mas na realidade deveria extinguir porque vale mais do que os tais 85% considerados no processo.
- f) Vimos assim que existem certos casos em que a aplicação da norma do art.º 816 nº2 CPC suscita conflitos com certos princípios e direitos objetivos a que certos sujeitos ativos estão vinculados. Concluindo pela existência de um conflito suscitado pela aplicação da norma do art.º 816 nº2 CPC, atento os direitos a que o sujeito ativo está adstrito, chega-se à conclusão de que poderá haver lugar a uma tutela do sujeito lesado com esse conflito mas que tal implica recorrer à globalidade do sistema jurídico amplo em busca de fontes legais que ao caso possam dizer respeito e não à própria norma do art.º 816 nº2 CPC porque essa norma só tem funções próprias já explicadas.
- g) De seguida verificou-se que havendo um conflito suscitado pela aplicação da norma do

art.º 816 nº2 CPC, atento os direitos a que o sujeito ativo está adstrito, poder-se-á reagir:

- 1) Verificando se o contrato ou a lei indicam consequências para esse excesso não manifesto, cominando consequências ou efeitos quanto ao conteúdo do ato ou negócio jurídico. Se o contrato ou a lei nada indica quanto ao conteúdo do ato ou negócio (p.e nulidade, anulabilidade, etc.) então nenhum efeito antijurídico resultou quanto ao conteúdo.
 - 2) Verificando também se gerou efeitos antijurídicos na esfera patrimonial do lesado, sabendo se causou dano ou empobrecimento ilegítimo. Se gerou dano ou empobrecimento então há que reagir, particular através das figuras que a ordem jurídica fornece – a da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa.
- h) Por fim conclui-se que estudando o elemento sistemático ou lógico (espírito da lei) a interpretação que se faz em sentido estrito da norma é precisamente uma interpretação declarativa, pois o significado da letra da lei cabe exatamente nos termos aí definidos, e é por se fazer uma interpretação declarativa que se cria uma possível situação de conflito – a alienação do imóvel por apenas 85% do seu valor. E chega-se à conclusão de que há apenas lugar a uma interpretação declarativa porque o problema de interpretação da norma do art.º 816 nº2 CPC não se coloca em sede de interpretação em sentido estrito mas sim coloca-se em sede de interpretação em sentido amplo, pois o que se deve procurar é conjugar o sentido de todas as regras já extraídas (na interpretação em sentido estrito) das fontes que foram chamadas a regular o caso concreto. Dessa conjugação, a operar em sede de interpretação em sentido amplo, obter-se-á as regras refinadas e conjugadas tendo em conta a globalidade do ordenamento jurídico chamado a regular o caso.

7. Quanto ao enriquecimento sem causa e à responsabilidade civil

- a) Será configurável a possibilidade de o executado solicitar a restituição do enriquecimento por prestação *conditio indebiti* do credor banco mutuante, pelo fato de ter que continuar a pagar o crédito que o imóvel não cobrir na execução mas que deveria cobrir se o bem fosse vendido pelo seu valor real.
- b) Será também configurável a possibilidade de haver lugar a concurso de enriquecimento por prestação *conditio indebiti* e enriquecimento por intervenção.
- c) Para além disso poderá haver lugar a concurso real de enriquecimento sem causa (por prestação *conditio indebiti*) com responsabilidade civil.
- d) Já os restantes credores não podem impugnar a venda ou adjudicação judicial através da figura da impugnação pauliana porque tratando-se de um negócio oneroso, apesar de ser

judicial, a impugnação pauliana depende nesse caso de má-fé de ambos os intervenientes (*consilium fraudis*, cfr art.º 612 CC). Ora como a venda ou adjudicação judicial depende da aplicação das regras processuais, particular a norma do art.º 816 n2 CPC, então a boa ou má-fé não possível de aferir e portanto não será chamada ao caso. Sendo assim não se pode preencher os requisitos da má-fé de ambos os intervenientes conforme o art.º 612 CC exige.

8. Conclusão

Como se pode verificar, é necessário partir do caso concreto para o ordenamento jurídico, em busca de fontes que a esse caso concreto digam respeito. Após a interpretação e compreensão de cada uma dessas fontes, extraído-se as regras contidas em cada uma, urge conjugar todas essas regras, partindo novamente das fontes para o ordenamento jurídico, e interpretar o seu sentido conjugado. É que naturalmente cada fonte diz respeito a um campo específico no manto jurídico que constitui a globalidade do sistema jurídico. Nisso chega-se à conclusão de que cada fonte não se aplica de forma isolada, desconsiderando aquele manto jurídico, mas sim depende da conjugação de outras regras permitindo alguma elasticidade de resultado. Naturalmente umas regras serão afastadas, diminuídas ou aumentadas em função de outras regras tendo em conta a fatispécie do caso concreto e à conjugação de diversas fontes chamadas a regular o caso.

Chega-se à conclusão de que o sistema jurídico amplo abarca certas preocupações de impedir de todo os abusos absolutos e deixa algum espaço de manobra quando se trata de regular certos abusos relativos por depender, em muito, da fatispécie do caso concreto e das diversas fontes que ao caso sejam chamadas, implicando por isso conhecer que consequências e efeitos a conjugação das fontes fornecem e a efetivação da vontade de proteção.

Naturalmente que nisso se conclui que não se poderá impedir, de forma absoluta, toda e qualquer situação de abuso. Que o abuso relativo, ou seja, aquele em que não se excede manifestamente os limites impostos pelos princípios e direitos objetivos que o sujeito ativo esta vinculado, será permitido desde que nenhuma fonte legal comine consequências ou efeitos para esse abuso ou cominando dependa a sua procedência de certos requisitos. Só assim se poderá afirmar que o ato abusivo (relativo) flutua para o campo da licitude ou ilicitude.

Assim, e porque regra geral a positivação é tendencialmente generalizadora, por força de os casos concretos serem individuais e particulares nem todas as situações podem ou

são reguladas pela mesma fonte. A fonte do art.º 816 n.º2 do CPC tem funções próprias, tem uma fundamentação própria, e não serve para resolver um qualquer conflito que surja que consubstancie um abuso relativo ou seja um exceder não manifesto do conteúdo dos direitos das partes. É necessário nesse caso conhecer e conjugar as regras extraídas de cada fonte, que ao caso seja chamada a regular, e chegar a uma solução do caso concreto de forma tendencialmente individualizadora perante a complexidade de fatispécie e de diversas fontes reguladoras.

Referências

DE LEGISLAÇÃO

- Código Civil
- Código do Processo Civil
- Código Comercial
- DL n.º 32.765, de 29 de Abril de 1943 – sobre a forma dos contratos de mútuo ou usura
- Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, DL n.º 305/2003, de 9 de Dezembro e Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio – sobre a bonificação de juros nos empréstimos à aquisição de habitação.
- Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro - Regime Jurídico da Concessão de Crédito à Habitação Própria. Retificado pela Declaração de Retificação n.º 22-L/98, de 31 de Dezembro *In* DR, 1.ª Série A, n.º 301 Supl. 7, de 31-12-98.
- Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
- LULL - Lei Uniforme relativa às letras e livranças, estabelecida pela Convenção assinada em Genebra, em 7 de Junho de 1930, aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 23721, de 29 de Março de 1934, e ratificada pela Carta de 21 de Junho de 1934
- Parecer da Procuradoria República n.º 127/2006 DSJ-CT – Sobre o contrato de permuta *In* <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2006>.
- Regime especial aplicável aos fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional (FIIAH) e às sociedades de investimento imobiliário para arrendamento habitacional (SIIAH) aprovado pelo artigo 102.º da Lei 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

DA DOUTRINA

- **ALMEIDA COSTA**, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 7º Edição, Almedina.
- **ALMEIDA COSTA**, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição Revista e Atualizada, Almedina Editora.
- **ANTUNES VARELA**, João de Matos, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 6ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 1995.
- **ANTUNES VARELA**, João de Matos, *Das Obrigações em geral*, Volume II, 7ª Edição, Almedina Editora, Coimbra.
- **CAPELO DE SOUSA**, Rabindranath, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

- **CARPENA**, Heloísa, *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*, Editora Renovar, 2001.
- **CASTANHEIRA NEVES**, António, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- **CUNHA DE SÁ**, Fernando Augusto, *Abuso do Direito*, Almedina Editora, 1997.
- **ENGRÁCIA ANTUNES**, *Os Contratos Bancários, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Separata, Coimbra, Almedina, 2011.
- **GADAMER**, Hans-Georg, *Verdade e método I: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica / Hans-Georg Gadamer*, tradução de Flávio Paulo Meurer, 8ª Edição, Editora Vozes, 2007, título original: GADAMER, Hans-Georg, *Gesammelte Werke. Band I. Wahrheit und Methode. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)*, 6. Auflage, 1990.
- **GOMES CANOTILHO**, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª Edição, 2000.
- **GONZÁLEZ**, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. II, Direitos das Obrigações (artigos 397º a 873º)*, Quid Juris Editora, 2014.
- **GONZÁLEZ**, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. III, Contratos em Especial (artigos 874º a 1250º)*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2014.
- **GONZÁLEZ**, José Alberto, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 4ª Edição (revista e aumentada), Quid Juris Editora, Lisboa, 2009.
- **GALVÃO G. PEREIRA**, Maria Ermantina, *Ética e Direito – Tradução*, Edição Martins Fontes, São Paulo, 1966.
- **KANT**, Immanuel, *Critica da Razão Pura*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, Lisboa, 2001.
- **KELSEN**, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª Edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1976.
- **LEBRE DE FREITAS**, José, *Os Paradigmas da Ação Executiva, Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- **LEBRE DE FREITAS**, *A Ação Executiva depois da reforma*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- **LEITE DE CAMPOS**, Diogo Paredes, *A Subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Editora Almedina, Coimbra, 1974.
- **MENEZES LEITÃO**, Luís Manuel Teles de, *Direito Das Obrigações, Vol. I*, 5ª Edição, Editora Almedina.

- **MENEZES LEITÃO**, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. II, *Transmissão e Extinção das Obrigações, não cumprimento e garantias do crédito*, 7ª Edição, Editora Almedina.
- **MENEZES LEITÃO**, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *Contratos em Especial*, 3ª Edição, Editora Almedina.
- **MENEZES LEITÃO**, Luís Manuel Teles de, *O enriquecimento sem causa no direito civil, Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, In *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1996.
- **MENEZES CORDEIRO**, António Manuel da Rocha e, *Direitos Reais*, Lex Editora, Lisboa, 1993.
- **MENEZES CORDEIRO**, António Manuel da Rocha e, *Manual de Direito Bancário*, Almedina Editora, Lisboa, 2001.
- **MENEZES CORDEIRO**, António Manuel da Rocha e, *Direito das Obrigações*, 3º Volume, *Contratos em Especial*, 2ª Edição revista e ampliada, Lisboa, 1991.
- **MENEZES CORDEIRO**, António Manuel da Rocha e, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*, Almedina Editora, Coimbra, 2006.
- **MAXIMILIANO**, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*: Forense Editora, Rio de Janeiro, 1994.
- **OLIVEIRA ASCENSÃO**, José, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição Refundida, Almedina Editora, Coimbra, 2013.
- **ORLANDO DE CARVALHO**, *A Teoria Geral do Direito Civil - Sumários Desenvolvidos*, Centelha Editora, 1981.
- **PINHEIRO**, Rosalice Fidalgo, *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

DE REVISTAS

- Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Volume 7, nº7, Jan./Jun. 2010.
- Boletim do Ministério da Justiça nº 361, *Contrato-promessa de compra e venda – Interpretação de cláusulas contratuais – Restituição do sinal em dobro – Abuso do Direito – Ampliação da matéria de fato – Ac. Do STJ de 25-11-1986*, pág. 527 a 533.

- Boletim do Ministério da Justiça n.º 485, *Responsabilidade civil extracontratual – Enriquecimento sem causa – Enriquecimento por intervenção, Qualificação jurídica dos fatos – Ac. Do STJ de 23-03-1999*, pág. 396 a 399
- **CHUMBINHO**, João, *A Evolução da Atividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin*, In Revista DataVénia, Ano I, n.º1, pág. 193.
- **ISABEL MENÉRES**, Campos, *Particularidades da execução de hipoteca*, In *A reforma da ação executiva – Trabalhos preparatórios*, Vol. I, Ministério da Justiça, Lisboa, 2001.
- **REMÉDIO MARQUES**, João Paulo Fernandes, *Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*, In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume 77, Coimbra, 2001.

DA INTERNET

- **ISIDORO**, *Etymologiae*, primeira enciclopédia escrita na cultura ocidental, escrita por Isidoro de Sevilha a pedido de Bráulio, bispo de Saragoça, Livro II: *de rhetorica et dialectica*, 10, PL 82, 131; V, 21, 82, 203, In <http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html>
- **MENÉRES CAMPOS**, Maria Isabel Helbling, *Particularidades da execução da Hipoteca - Comparação com o sistema espanhol*, In <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/dra-isabel-meneres/downloadFile/file/imc.pdf?nocache=1210676672.22>
- **MENEZES CORDEIRO**, António, *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Vol. II, Set. 2005, Artigos Doutrinários, 2005.
- **AQUINO**, Santo Tomás de, *Suma Teológica*, artigo VI, In <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf>
- Boletim da Ordem dos Advogados n.º 79/80, de Junho/Julho de 2011 In http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/boa79_p13.pdf

DA JURISPRUDÊNCIA

- Decisão do Tribunal de 1ª Instância de Portalegre de 04-01-2012.
Sumário: No âmbito de um processo de inventário, sobre a entrega de imóvel ao credor, numa situação de crédito bancário hipotecário, analisando os efeitos dessa entrega.
In http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre_creditohipotecario.pdf

- **Juzgado de Primera Instancia número 44 de Barcelona**
Sumário: Sobre a venda ou adjudicação do bem ao credor hipotecário.
- **Acórdão da Relação do Porto de 24/11/2009, Processo 117/07.0TBSJP-A.P1.**
Sumário: O mútuo bancário, apesar das suas particularidades, designadamente quanto a forma, a taxas de juro e a prazos, mantém as características do mútuo na sua expressão civilista. (...).
- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/01/2007, Processo nº 0635963.**
Sumário: (...) Mas nenhuma das suas particularidades retira ao contrato de mútuo bancário as características marcantes do contrato de mútuo na sua expressão civilista. (...).
- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº JTRP000 e processo 367-D/1999.P1.**
Sumário: A existência de uma hipoteca não impede a alienação voluntária ou coerciva do bem hipotecado nem, tratando-se de bem comum, de uma sua quota-parte indivisa. (...) Feita a venda judicial de uma quota da coisa ou direito onerado, a hipoteca extingue-se em relação a essa quota e a garantia que ela representava transfere-se para o produto da venda.
- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº JTRP00044032, proc. 1084/09.9TBMAI-B.P1**
Sumário: Em processo executivo o valor base dos bens a arrematar ou vender não resulta do termo de penhora, mas antes da decisão do agente de execução, após audição do exequente, executado e credores com garantia sobre os bens a vender, balizada aquela pelos critérios estabelecidos no nº3 do art.º 886-A do CPC.
- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº JTRP00043114 e proc. 26/05.8TBPVZ-B.P1**
Sumário: I - A lei exige a par dos requisitos gerais, ainda, um outro - o de má-fé -, quando o ato a impugnar seja oneroso. II - O ato oneroso só está sujeito a impugnação pauliana, de acordo com o artigo 612º, se o devedor e o terceiro tiverem agido de má-fé, entendida esta como a “consciência do prejuízo que o ato causa ao credor”. III - A má-fé não exige o animus nocendi, isto é, não reclama que o devedor e o terceiro, ao realizarem o ato, tenham procedido com o intuito de prejudicar o credor. IV - O devedor e o terceiro podem ter atuado com diferente intenção ou objetivo e, ainda assim, com perfeita consciência do prejuízo que vão causar aos credores.
- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº JTRP00038556 e processo 0535665.**
Sumário: I - No âmbito da redação do n.º2 do artigo 889º do Código de Processo Civil introduzida pelo Decreto-Lei 329-A/95, de 12, o montante da oferta do requerente de adjudicação de um bem penhorado podia ser inferior a 70% do valor base desse bem, desde que o juiz fixasse outro valor para a venda mediante pospostas em carta fechada. II - Caso não se fixasse esse valor, a oferta do requerente da adjudicação não poderia ser inferior àquele 70%.
- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº JTRP000 e processo 0624382.**
Sumário: Reclamação da avaliação do imóvel. (...) A avaliação contém erros e imprecisões que conduzem ao desfasamento do seu valor económico e importam o necessário esclarecimento; (...).
- **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº RL e proc. 23703/09.0T2SNT-B.L1-6.**
Sumário: I- A pretensão do exequente de prosseguir a execução depois de lhe ter sido adjudicado o imóvel hipotecado, no âmbito de venda judicial por propostas em carta fechada, por preço

inferior à dívida exequenda, com a finalidade de obter a satisfação do restante crédito, não configura, por si só, abuso de direito. II-O prosseguimento da execução nas condições descritas não configurará, em princípio, enriquecimento sem causa. III-A verificação de um e de outro terá de resultar sempre em função da análise das circunstâncias do caso concreto.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa nº RL e processo 181/12.OTBMC.L1-7.

Sumário: (...) 2. A exigência desse remanescente não configura abuso de direito, apesar de a exequente ter adquirido uma fração penhorada em venda judicial em que a única proposta de aquisição apresentada foi a sua, se o incumprimento contratual ocorreu em 27/3/2001 e essa aquisição teve lugar em 7/12/2010, não estando provado que a aquisição tenha sido feita por um valor muito inferior ao real.

Ver ainda Ac. TRL nº RL e processo 1417/08.8TCSNT.L1-2.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, em recurso da decisão do Tribunal de 1ª Instância de Portalegre de 04-01-2012.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. 4970/09.5TBSTB-B.E1 de 15-01-2015.

Sumário: Frustrando-se a venda por propostas em carta fechada por ausência de propostas, a venda por negociação particular pode ser efetuada por valor inferior a 85% a que se refere o art.º 816º nº 2 do CPC, mediante autorização judicial com vista a garantir a defesa dos interesses de todos os interessados, designadamente dos executados e demais credores.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº JTRC e proc. 1867/08.0TBVIS.C1

Sumário: Requisitos do enriquecimento sem causa

- Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça nº JSTJ000 e proc. 07B2721

Sumário: Carater subsidiário do Enriquecimento sem causa

- Acórdãos do Supremo Tribunal da Justiça processo 1445/05.5TBBGC.P1.S1 de 06-06-2013 e processo 2777/10.6TBPTM.E1.S1 de 19-02-2013.

Sumário: Prova do Enriquecimento sem causa