

# DIREITO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

NOVAS FRONTEIRAS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

m em forte ingerência do Poder Público na esfera de interesses privados. Se, por um lado, a Constituição da República, por outro lado, ela somente se justifica no

**ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO**

e a aprimorar as novidades impostas pela realidade social: morar em prédios de  
na dessas modernidades que se integraram no cotidiano dos grandes centros urbanos.

**ÊNIO SANTARELLI ZULIANI**

m a assinatura do contrato de compra e venda. Mesmo após as tratativas preliminares  
de compra e venda é precedido, na grande maioria dos casos, de outros negócios  
e arrendamento, e o compromisso de compra e venda.

**JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR**

agem se perde na noite dos tempos. São eficazes mesmo quando não explicitamente  
ca cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um *ius* prívio e exterior à *lex*.

**JOSÉ RENATO NALINI**

em homenagem à propriedade, acaba por adquirir autonomia, e permite ao possuidor  
receber proteção.

**MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**

m relação a uma série de negócios típicos da sociedade contemporânea, sobretudo  
investimentos e, especificamente, o contrato de incorporação imobiliária.

**MELHIM NAMEM CHALHUB**

ão estatuída no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, pela qual *a propriedade*  
e atende os preceitos legais pertinentes deve ser aceita, não se podendo tolerar abusos

**PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI**

co), é alguém que apresenta um estado de suspensão de assentimento diante de juízos  
*invidiá registrária*, que não é sobrestamento de asserção intelectual, mas é, sobretudo,  
er dizer, uma recusa fundada à pretensão registrária em um dado caso concreto.

**RICARDO DIP**

eceu e não por mera coincidência, mas em razão da eficiência dos agentes econômicos  
individualista e hedonista humana, em contrapartida à ineficiência, enquanto agente  
es coletivos.

**RICARDO SAYEG**

pio ou pelo Distrito Federal não é apenas uma faculdade discricionária, mas sim um dever.  
ertes perante a situação antes descrita, é óbvio que eles podem ser responsabilizados.

**TOSHIO MUKAI**

pal dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade imobiliária urbana e  
e mister, permite que se deduza o que chamaremos de princípio da planificação da

**WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO E CAETANO SILVA LIMA**

ISBN 85-7574-553-8



1 788576 745538

Coordenação:  
**Alexandre Guerra**  
**Marcelo Benacchio**

DIREITO IMOBILIÁRIO  
BRASILEIRO

QUARTIER LATIN

NOVAS FRONTEIRAS NA  
LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Coordenação:  
**Alexandre Guerra**  
**Marcelo Benacchio**



# DIREITO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

NOVAS FRONTEIRAS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

PREFÁCIO DE RENAN LOTUFO

Afonso Nunes de Figueiredo Patrão  
Ailton Pinheiro de Castro  
Alcides Leopoldo e Silva Júnior  
Alessandra Lopes Santana de Mello  
Alexandre Guerra  
Alexandre David Malfatti  
Álvaro Luiz Valery Mirra  
Ana Rita de Figueiredo Nery  
Artur Marques da Silva Filho  
Bernardo Mendes Castelo Branco Sobrinho  
Caetano Silva Lima  
Carlos Alberto Garbi  
Claudia Grieco Tabosa Pessoa  
Claudio Ferreira Pazini  
Cláudio José Franzolin  
Daniel Orfale Giacomini  
Daniel Serra Azul Guimarães  
Denise Vital e Silva  
Douglas Augusto dos Santos  
Ênio Santarelli Zuliani  
Erik Frederico Gramstrup  
Fausto José Martins Seabra  
Fernanda Sabrinni Pereira  
Fernando P. Méndez González  
Fernando Rodrigues Martins  
Fernão Borba Franco  
Flavia Orsi Leme Borges  
Francisco Carlos Inouye Shintate

Frederico da Costa Carvalho Neto  
Hamid Charaf Bdine Júnior  
Ivo Waisberg  
Jayme Walmer de Freitas  
Jomar Juarez Amorim  
Jorge Tosta  
José Eduardo da Costa  
José Marcelo Tossi Silva  
José Osório de Azevedo Júnior  
José Renato Nalini  
Leonardo Mattietto  
Luciana Carone Nucci Eugênio  
Luciana Stocco Betiol  
Luis Fernando Cirillo  
Luis Francisco Aguillar Cortez  
Luis Manuel Fonseca Pires  
Luis Paulo Aliende Ribeiro  
Madalena Teixeira  
Manoel de Oliveira Erhardt  
Marcio Pestana  
Marcelo Barbosa Sacramone  
Marcelo Batlouni Mendroni  
Marcelo Benacchio  
Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera  
Marcus Vinicius Rios Gonçalves  
Margarida Costa Andrade  
Melhim Namem Chalhub  
Melisa Cunha Pimenta  
Milton Paulo de Carvalho Filho

Mônica Jardim  
Paulo Dias de Moura Ribeiro  
Paulo Dimas de Bellis Mascaretti  
Paulo Furtado de Oliveira Filho  
Paulo Sérgio Velten Pereira  
Priscila Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito  
Rafael Marinangelo  
Renata Cristina Rosa da Costa Silva  
Renato Siqueira De Pretto  
Ricardo Dip  
Ricardo Lacaz Martins  
Ricardo Marcondes Martins  
Ricardo Sayeg  
Roberto Maia Filho  
Roberto Senise Lisboa  
Rogério Domini  
Rômolo Russo Júnior  
Ronnie Herbert Barros Soares  
Rubens Carmo Elias Filho  
Sérgio Jacomino  
Sylvio Luís Ferreira da Rocha  
Sylvio Toshiro Mukai  
Suzana Maria Pimenta Catta Preta  
Taiane Lobato de Castro  
Toshio Mukai  
Venício Antonio de Paula Salles  
Vladimir Oliveira da Silveira  
Wendell Lopes Barbosa de Souza  
Willis Santiago Guerra Filho

QUARTIER LATIN

# OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS

Afonso Nunes de Figueiredo Patrão

*Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autor de vários artigos na área do direito da União Europeia e do direito das coisas.*

## I. A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA E OS "CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO"

Ao invés do que sucede no ordenamento jurídico brasileiro, onde a Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997, institui o *Sistema de Financiamento Imobiliário*, na ordem jurídica portuguesa não encontramos a vigência de um corpo organizado de normas que disciplinem horizontalmente todos os aspectos envolvidos numa operação de financiamento imobiliário – desde as condições contratuais admissíveis às garantias especiais que lhe podem subjazer.

Assim, um contrato de financiamento imobiliário<sup>1</sup> em Portugal será disciplinado quer pela legislação de âmbito bancário que regula a actividade de concessão de crédito<sup>2</sup> destinada à aquisição, construção ou realização de obras num prédio, quer pelas normas civis ordenadoras do direito das garantias. Ademais, no que tange à regulação bancária do financiamento imobiliário, o legislador optou por adoptar regras específicas consoante o destino do crédito (habitação, indústria ou agricultura), centrando as suas preocupações na disciplina do *financiamento de habitação*<sup>3</sup>.

Perante este *status quo*, e no âmbito de um trabalho que procura apenas demonstrar a vertente lusa dos contratos de financiamento imobiliário previstos pelo direito brasileiro, optámos por expor o regime jurídico português dos contratos de contracção de crédito junto de instituições especializadas, com a finalidade de adquirir um imóvel. Atendendo ao contraponto pretendido com o direito imobiliário brasileiro, centraremos a nossa atenção na sua modelação contratual, mormente quanto à garantia especial que se associa à obrigação do devedor. Na verdade, e partindo sempre do ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de financiamento imobiliário encontra duas características fundamentais: por um lado, a concessão de crédito com o objectivo de adquirir um prédio; por outro, a constituição de uma garantia especial de natureza real.

Repare-se, desde já, que a disciplina legal portuguesa do tipo contratual abrange apenas uma modalidade da concessão do crédito. Na verdade, não obstante se anunciar a regulação do *crédito à habitação*, a lei fala

exclusivamente em *empréstimos*; isto é, parece que o legislador terá visado tão-somente o empréstimo bancário na modalidade de *mútuo de escopo*<sup>4</sup>.

## II. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE CONTRATUAL

A autonomia privada sempre desempenhou um papel preponderante no âmbito do direito bancário. De facto, *"se olharmos especificamente para a vida financeira verificamos que o Código Comercial de 1888 tem só quatro artigos (362º a 365º) que [...] constituem o Título IX, sob a epígrafe "Das Operações de Banco"*<sup>5</sup>, pelo que o contrato foi, naturalmente, o principal foco de desenvolvimento deste ramo jurídico<sup>6</sup>.

Nessa medida, tal como sucede no direito brasileiro (onde o legislador estabelece a vigência da liberdade de conformação do conteúdo contratual num convénio de financiamento imobiliário)<sup>7</sup>, a lei portuguesa começa por afirmar a liberdade de fixação das cláusulas do contrato de crédito à habitação, nomeadamente no que toca à taxa de juro<sup>8</sup>. Todavia, e à semelhança do ordenamento brasileiro, estabelecem-se várias limitações à liberdade contratual<sup>9</sup>.

Em primeiro lugar, no que tange à amortização, a lei prevê um elenco de sistemas de pagamento das importâncias financiadas: o sistema de *prestações constantes*<sup>10</sup>, a modalidade de *amortização por prestações progressivas com capitalização parcial de juros*<sup>11</sup>. Em segundo lugar, a prestação de uma garantia especial aparece imposta. Assim, determina a lei que *"os empréstimos serão garantidos por hipoteca da habitação adquirida, construída ou objecto das obras financiadas, incluindo o terreno"*<sup>12</sup>.

Não há, porém, uma plena exclusão da liberdade contratual no que respeita à constituição da caução especial. Na verdade, a lei não só estabelece que, em reforço da hipoteca, podem ser constituídas *outras* garantias especiais (reais ou pessoais), como determina a possibilidade da concessão de crédito à habitação *sem hipoteca sobre o imóvel adquirido*, sendo a esta substituída por *hipoteca sobre outro prédio, penhor de títulos cotados em bolsa* ou ainda, *"em casos excepcionais"*, outra garantia adequada ao risco em causa<sup>13</sup>. Simplesmente, resulta da lei a proibição de financiamento *sem qualquer garantia especial* associada.

<sup>1</sup> O conceito de "contrato de financiamento imobiliário" não encontra semelhante no ordenamento jurídico português. Todavia, porque o propósito do presente estudo é o de apresentar a regulação lusitana de uma figura modelada no direito brasileiro, a expressão será utilizada pretendendo identificar um negócio jurídico bilateral pelo qual se cria uma relação creditícia junto de uma instituição de crédito com o fim de adquirir um imóvel.

Um acto de crédito será todo aquele que consiste numa troca em que "a uma prestação económica presente (de bens, de serviços ou de dinheiro) corresponde a promessa de uma contraprestação económica no futuro (em bens, em serviços ou em moeda)". Cfr. AVELÁS NUNES. *Economia – O Crédito. Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos*, Coimbra, 2003, p. 19. A mesma definição é partilhada por FERREIRA, António Pedro A. *Direito Bancário*. Lisboa: Quid Iuris, 2005, p. 621; por VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 49; e por PATRÍCIO, José Simões. *Direito Bancário Privado*. Lisboa: Quid Iuris, 2004, p. 278-279.

Segundo Calvão da Silva, porém, será possível, em sentido rigoroso, distinguir operações de crédito e operações de financiamento: "pelas primeiras, os bancos adiantam dinheiro às pessoas ou empresas, sob múltiplas formas jurídicas, ficando na situação de credores; pelas segundas, os bancos financiam certas actividades não assumindo a qualidade de credores". Cfr. SILVA, João Calvão da. *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 359. Todavia, à luz do direito brasileiro, o artigo 4º da Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997 opera uma equiparação das expressões de *crédito* e *financiamento*, pelo que a distinção não deve ser atendida no presente trabalho.

Sobre a origem e definição dos contratos de financiamento imobiliário do direito brasileiro, com especial relevância quanto aos contratos com vinculação ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vide ALMEIDA COSTA. *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria. Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. I, nº 1, 1980, p. 42 e ss; SOUZA JUNIOR, Jurandy. *Ação de revisão dos contratos de crédito imobiliário à luz do art. 50 da Lei nº 10.931/04. Revista Bonijuris*, Ano XVIII, nº 514 – Setembro de 2006, p. 5 a 16.

<sup>2</sup> São várias as modalidades de concessão de crédito: o *mútuo* (contrato real *quoad constitutionem* perante o qual o banco entrega certa importância ao devedor, que assume a obrigação de o restituir) e o *desconto bancário* (contrato pelo qual o banco entrega o valor de um título de crédito não vencido, descontado do juro) podem apelidar-se as formas clássicas de financiamento; todavia, a *abertura de crédito* (contrato consensual onde a instituição coloca ao dispor do utilizador um montante de fundos utilizáveis por aquele durante certo período de tempo), a prestação de garantias (ou crédito por assinatura), a *locação financeira* (contrato pelo qual o locador se obriga a ceder o gozo temporário de uma coisa adquirida por indicação do locatário por determinado período, podendo este, findo o prazo, adquiri-la por um preço previamente determinado) e a *cessão financeira* ou *factoring* (cessão de créditos de curto prazo, vencidos ou vincendos) são igualmente modalidades de concessão de crédito. Neste sentido, cfr. FERREIRA, António Pedro A. *Direito Bancário...*, p. 623. Para uma distinção das várias figuras, vide CALVÃO DA SILVA. *Direito Bancário...*, p. 360 e ss; CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Bancário*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 525 e ss. Sobre a locação financeira, em especial, vide CALVÃO DA SILVA. *Estudos de Direito Comercial – Pareceres*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 10 e ss.

<sup>3</sup> Sobre este tema, cfr. AVELÁS NUNES. *Economia – O Crédito. Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos*, Coimbra, 2003, p. 49.

<sup>4</sup> Cfr. artigos 2º ss. do Regime Jurídico do Crédito à Habitação (RJCH), constante do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis nºs 137-B/99, de 22 de Abril, 320/2000, de 15 de Dezembro, 231/2002, de 2 de Novembro, 305/2003, de 9 de Dezembro, e 107/2007, de 10 de Abril, e pela Lei nº 60-A/2005, de 30 de Dezembro.

*Mútuo de escopo* é o contrato de mútuo vinculado a determinado fim. Nessa medida, o devedor assume a obrigação de utilizar o capital mutuado num objectivo contratual ou legalmente regulado. Cfr. CALVÃO DA SILVA. *Direito Bancário...*, p. 363.

<sup>5</sup> Cfr. AUGUSTO DE ATHAYDE. *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 45.

<sup>6</sup> No ensinamento de MENEZES CORDEIRO, "o Direito bancário material é totalmente dominado pela autonomia privada: as partes podem determinar a existência de efeitos – liberdade de celebração – a natureza desses efeitos – liberdade de estipulação – e o modo por que eles ocorram – liberdade de forma. Tudo isso se verificará nas margens em que não surjam normas restritivas. Deve ficar claro que, em Direito bancário, é possível efectuar todos os actos que a lei não proíba" [sublinhado nosso]. MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de Direito...*, p. 233.

<sup>7</sup> Assim estabelece o art. 5º da Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997: "as operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFH, serão livremente pactuadas pelas partes".

<sup>8</sup> Cfr. nº 1 do artigo 7º do Regime Jurídico do Crédito à Habitação (RJCH), constante do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis nºs 137-B/99, de 22 de Abril, 320/2000, de 15 de Dezembro, 231/2002, de 2 de Novembro, 305/2003, de 9 de Dezembro, e 107/2007, de 10 de Abril, e pela Lei nº 60-A/2005, de 30 de Dezembro.

<sup>9</sup> Sobre o surgimento de legislação limitativa da liberdade contratual no quadro do direito bancário, vide AUGUSTO ATHAYDE. *Curso de Direito...*, p. 46.

<sup>10</sup> É a modalidade clássica de contratação, consistindo na distribuição do montante em dívida e respectivos juros pelo prazo do empréstimo. O legislador português apresenta uma posição de favor em relação a este sistema de amortização, porquanto atribui às instituições de crédito a obrigação de o apresentar aos interessados, sem prejuízo de quaisquer outros sistemas que queiram promover. Cfr. nº 2 do Regime Jurídico do Crédito à Habitação (RJCH), constante do Decreto-Lei nº 349/98, de 11 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis nºs 137-B/99, de 22 de Abril, 320/2000, de 15 de Dezembro, 231/2002, de 2 de Novembro, 305/2003, de 9 de Dezembro, e 107/2007, de 10 de Abril, e pela Lei nº 60-A/2005, de 30 de Dezembro.

<sup>11</sup> Previsto no nº 3 do artigo 7º do RJCH, trata-se de uma modalidade que prevê a constância da prestação de reembolso e de juros por prazos determinados (normalmente um ano), ao fim do qual será negociado outro valor para as prestações do ano seguinte. O valor pago em cada ano será equivalente a um montante equivalente à soma do reembolso do capital (calculado por divisão do saldo em dívida pelo número de anos que faltam para o término do prazo do empréstimo) e a parte dos juros devidos, sendo o valor restante adicionado ao capital em dívida.

<sup>12</sup> Cfr. nº 1 do artigo 23º do RJCH.

<sup>13</sup> Cfr. nºs 2 e 3 do artigo 23º do RJCH.

### III. A GARANTIA E O CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO<sup>14</sup>

Como se precisou, o legislador pátrio apresenta uma clara preferência pela constituição de uma hipoteca sobre o imóvel adquirido ou construído. Nessa medida, a hipoteca surge com importância capital neste campo, porquanto à luz da lei portuguesa só poderá ser substituída por outra "em casos excepcionais"<sup>15</sup>.

Face ao disposto na lei brasileira, avulta desde já uma enorme diferença. De facto, o fomento do sistema de financiamento imobiliário no Brasil trouxe a previsão de novos mecanismos para caucionar a relação creditória, nomeadamente a *alienação fiduciária*, que reveste importância capital: o devedor transfere para a entidade financiadora a propriedade do imóvel sob condição resolutiva do pagamento da dívida<sup>16</sup>. Esta figura confere ao credor uma segurança acrescida em face da hipoteca, embora continuando a permitir ao devedor o gozo das utilidades da coisa.

No quadro normativo português, porém, não se vem sentindo as insuficiências que motivaram, no direito brasileiro, a introdução de uma garantia mais forte<sup>17</sup>, pelo que o normativo vigente<sup>18</sup> conduziu a um previsível desfecho: a quase totalidade dos contratos de financiamento imobiliário trazem associada uma *hipoteca* sobre o imóvel adquirido ou sobre o edifício construído. No fundo, continua a ser verdadeira a asseveração de Vaz Serra quando concluiu que "a organização do regime da hipoteca está directamente ligada ao problema do crédito imobiliário"<sup>19</sup>.

14 Deve sublinhar-se que a actividade bancária e a prestação de garantias são realidades indissociáveis. Nas palavras de Miguel Pestana de Vasconcelos, "para os bancos, as garantias estão no centro da sua actividade". Cfr. VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 22.

15 Cfr. artigo 23º RJCH. Atente-se que a única alternativa à substituição da hipoteca sobre a coisa adquirida ou construída *fora de casos excepcionais* radica na constituição de um penhor sobre valores mobiliários cotados em bolsa ou de uma hipoteca sobre outro prédio.

16 Tratando-se da mais antiga garantia imobiliária (cfr. MENEZES CORDEIRO. *Manual de Direito...*, pp. 630), os ordenamentos jurídicos onde é prevista modelam-na de forma diferente. No fundo, ensina Almeida Costa que a *alienação fiduciária* pode corresponder à *fiducia* de matriz romanística ou aos negócios fiduciários de tipo germânico. Cfr. ALMEIDA COSTA *Alienação fiduciária...*, p. 45. O modelo de alienação fiduciária que expressamos no texto é o arquétipo germânico: trata-se de um *direito real de garantia* que consiste na transmissão da propriedade da coisa sob condição resolutiva do cumprimento da obrigação. Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Hebling Menéres. *Da Hipoteca: Caracterização, Constituição e Efeitos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27, nota nº 43.

Para o paradigma romanístico, pelo contrário, a *alienação fiduciária* não constitui qualquer direito real de garantia (é a propriedade, intocada, que é transferida para o credor), estabelecendo-se contratualmente os deveres de conteúdo obrigacional de protecção do bem e da sua retransmissão para o devedor, depois de cumprida a dívida. Cfr. VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *Direito das Garantias...*, p. 19.

A diferença não é dispicienda: de facto, a encarar-se como um direito real de garantia (que confere a propriedade sob condição resolutiva do cumprimento), o credor não exercerá todos os poderes sobre a coisa como um clássico proprietário, pois a lei excluirá ao titular alguns dos poderes que são normalmente reconhecidos à *plena in re potestas*; ademais, a condição resolutiva implicará que, no momento do pagamento da dívida, de forma automática e com eficácia retroactiva, a propriedade do bem se consolide na esfera jurídica do devedor. Já se atendermos à *fiducia* de raiz latina, o devedor, uma vez extinta a obrigação, apenas é titular de um direito de crédito à retransmissão do bem para a sua esfera jurídica, a qual só terá efeitos para o futuro (o que relevará, nomeadamente, em matéria de frutos).

No direito brasileiro, a alienação fiduciária em garantia, "apesar de relevantes diferenças, aproxima-se do referido modelo germânico", já que o legislador não apenas limita os poderes da propriedade do fiduciário, como estabelece uma resolução automática e retroactiva da transmissão mediante o pagamento da dívida garantida. Cfr. ALMEIDA COSTA. *Alienação fiduciária...*, p. 45, e artigo 24º da Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997, na versão que lhe foi conferida pela Lei nº 11.481, de 31 de Maio de 2007. Para uma comparação mais exaustiva dos modelos alemão, brasileiro, italiano, suíço e francês, vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A alienação em garantia. Revista Doutrinária do Instituto Italo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 71 e ss.

17 Sobre os problemas que a hipoteca revelou no ordenamento jurídico brasileiro aquando da criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vide ALMEIDA COSTA. *Alienação fiduciária...*, p. 43 e 52.

Aliás, a não previsão da *alienação fiduciária em garantia* para os bens imóveis tem vindo a ser explicada pela suficiência da hipoteca nas operações de financiamento, ao invés do que sucedeu no Brasil, onde se tornou necessária a criação de um mecanismo adicional de tutela do credor. Neste sentido, CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca...*, p. 27, nota nº 43.

18 A alienação fiduciária em garantia não surge prevista pelo ordenamento jurídico luso. Nessa medida, a sua celebração sempre será considerada um *contrato indirecto*. Isto é, um contrato que tem um tipo de referência (a doação ou a compra e venda) mas com um fim indirecto a que não corresponde a intenção associada à doação ou à venda: o fim é a constituição de uma garantia para o credor. Sobre contratos indirectos, vide, p. todos, VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 249 e ss. Repare-se que não se trata aqui de um contrato simulado: as partes não têm qualquer intenção de enganar terceiros. Querem, isso sim, transmitir a propriedade como garantia de uma obrigação.

Em face do silêncio legal, a Doutrina maioritária vem sustentando a *inadmissibilidade* da figura na ordem jurídica portuguesa, em face do princípio da tipicidade dos direitos reais (art. 1306º do Código Civil Português), da proibição do pacto comissório e das regras relativas à venda a retro. Cfr., neste sentido, MENEZES CORDEIRO. *Manual de Direito...*, p. 630; CORREIA, João Anacoreta; CUNHA, Pedro Gomes da. *A alienação fiduciária de imóveis como garantia dos credores - Uma alternativa à hipoteca. Jornal de Negócios*, 26 de Fevereiro de 2007. Em sentido contrário, porém, vide VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos...*, p. 277 e ss, que sustenta a compatibilidade da alienação fiduciária com o princípio da tipicidade.

19 Cfr. VAZ SERRA. *Hipoteca. Boletim do Ministério da Justiça*, nº 62 (Janeiro de 1957), p. 5.

Nos demais Estados-Membros da União Europeia, a realidade não é muito diferente. Na verdade, apesar de os instrumentos jurídicos disciplinadores da concessão de crédito para aquisição de imóveis serem substancialmente diferentes nos vários Estados-Membros da União Europeia (e de o leque de garantias especiais a que se pode associar a um financiamento imobiliário ser dissemelhante em cada um dos ordenamentos jurídicos da Europa comunitária), a aquisição de imóveis mediante recurso ao crédito é, na Europa, perpetrada por uma tónica comum: é preponderante percentagem de financiamento imobiliário a que é associada a constituição de uma hipoteca sobre a coisa adquirida. Como dado indicativo, refira-se que, no fim de 2008, o montante de crédito hipotecário concedido na Europa comunitária era de 49% do PIB total<sup>20</sup>.

De facto, é esta a garantia que propicia o desenvolvimento económico, por permitir aceder de forma eficaz ao crédito bancário para realização de investimentos, já que a coisa construída ou adquirida vai, ela própria, servir de *garantia especial* à obrigação contraída. Daí, ser considerada a *rainha das garantias das obrigações* e estar directamente relacionada com o desenvolvimento económico no que toca ao investimento imobiliário<sup>21</sup>. Assistimos, assim, um pouco por todo o lado, à massificação da hipoteca. Ela não é hoje apenas um instrumento ao dispor dos agentes económicos, mas também uma forma de as famílias acederem a habitação própria.

A hipoteca, enquanto direito *real* de garantia que assegura ao credor a satisfação do seu crédito à custa do bem sobre que incide<sup>22</sup>, quando utilizada numa relação de financiamento bancário para aquisição de um imóvel, é dotada de uma série de vantagens.

Ao credor, atribui uma considerável dose de segurança, já que, independentemente do que suceda ao património do devedor, sempre poderá satisfazer o seu crédito. Isto é, por ser dotada de *sequela* (como qualquer direito real), *pode ser exercida onde quer que a coisa se encontre*. Para o devedor, o interesse está na manutenção dos poderes de uso, fruição e disposição da coisa. Uma vez que a publicidade não é assegurada pela tradição da coisa (mas pelo registo), é o devedor quem se mantém na sua posse, podendo dela retirar quaisquer benefícios e fazê-la frutificar, cabendo-lhe ainda a faculdade de a alienar<sup>23</sup>.

### IV. A MODELAÇÃO CONTRATUAL DA HIPOTECA NUM CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

No direito português, a hipoteca constitui-se pelo registo. Isto é, em qualquer das suas espécies<sup>24</sup>, o registo é sempre condição da *existência da hipoteca*; quando não inscrita, não se pode definir como *direito*

20 Cfr. Dados do relatório da Federação Hipotecária Europeia *Hypostat 2008*, disponível na internet via <<http://www.hypo.org/Objects/6/Files/Hypostat%202008%20-%20light%20version.pdf>> e consultado em 23 de Agosto de 2010.

A Federação Hipotecária Europeia (FHE) é uma associação de instituições de crédito que concedem crédito hipotecário, representando cerca de 75% do crédito hipotecário concedido na Europa.

21 A expressão é de ANTUNES VARELA. *Constituição de Hipoteca a favor de bancos prediais, Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI (1991), Tomo III, p. 50.

Neste sentido, nota Isabel Menéres Campos que a hipoteca constitui hoje não apenas um "meio de obtenção do crédito para o hipotecador prosseguir a sua actividade mas, sobretudo, uma forma de aquisição da habitação". Cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca...*, p. 11.

22 A hipoteca, regulada nos artigos 686º e seguintes do Código Civil Português constitui um direito real de garantia; isto é, um direito que confere ao credor o poder ou a faculdade de se pagar à custa do valor ou dos rendimentos do bem certo e determinado sobre que incide. (Consiste, assim, na afectação de uma coisa imóvel ou móvel sujeita a registo (alínea f) do artigo 688º do Código Civil Português) ao cumprimento de determinada obrigação. Nessa medida, o credor hipotecário pode promover a venda processual da coisa (ou do direito hipotecado) caso a obrigação não seja cumprida e ser pago à custa dela com preferência em relação aos demais credores.

Note-se que, nos termos do artigo 697º do Código Civil Português, se o devedor for o dono da coisa hipotecada, o credor deve começar por esta a execução, só podendo penhorar outros bens uma vez reconhecida a insuficiência da garantia hipotecária. Sobre a noção de direito real de garantia, cfr., p. todos, TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1957, p. 48.

23 De facto, como veremos melhor *infra*, não produz quaisquer efeitos a convenção pela qual o proprietário se obrigue a não dispor da coisa onerada. Sobre a desvantagem correlativa do *penhor*, que implica o desapossamento, vide CAMPOS, Diogo Leite de. *A alienação em...*, p. 64.

24 A hipoteca do direito português tem 3 espécies, distintas quanto à forma de constituição (cfr. artigo 703º do Código Civil Português: "As hipotecas são legais, judiciais ou voluntárias"). As hipotecas legais (i), ao contrário do que parece transmitir a disposição do artigo 704º ("as hipotecas legais resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de segurança"), não

*real de garantia*, porquanto é incapaz de assegurar ao credor a satisfação do seu direito por recurso ao valor ou aos rendimentos de coisa determinada<sup>25</sup>. Nascida de um acto de vontade entre as partes a que acresce a inscrição no registo, a hipoteca voluntária consubstancia por isso uma excepção ao princípio da consensualidade<sup>26</sup>. Nessa medida, vigora um sistema de *título e de modo*, porquanto ao negócio (título) deve ainda crescer o registo (modo) para que a hipoteca se constitua.

De notar, ainda, que o negócio constitutivo da hipoteca voluntária está sujeito à formalidade de escritura pública ou de documento particular autenticado<sup>27</sup> e que a sua constituição, para efeitos de legitimidade, está legalmente equiparada à alienação, pelo que é aplicável todo o regime de ilegitimidades e incapacidades relativas que conhecemos da transmissão da propriedade.

resultam imediatamente da lei; pelo contrário, a lei permite constituir-las. Isto é, a lei limita-se a atribuir um direito potestativo a constituir uma hipoteca, mesmo que contra a vontade do proprietário da coisa hipotecada, a qual se constituirá pela inscrição no registo (também aqui, registo é constitutivo). A lei estabelece, depois, quais os titulares do tal direito potestativo a constituir a hipoteca, tendo subjacente ou a qualidade do credor – Estado e autarquias locais, ou uma especial relação entre credor e devedor ou a natureza especialmente sensível da dívida. Cfr. artigo 705º do Código Civil Português. Neste sentido, cfr. ANTUNES VARELA. Constituição de Hipoteca a favor de bancos prediais. *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI (1991), Tomo III, p. 47, nota nº 1; CARVALHO FERNANDES. *Direitos Reais*, 4ª ed. Lisboa: Quid Iuris, 2004, p. 150.

No que tange às *hipotecas judiciais*, dispõe o artigo 710º do Código Civil Português que o titular de uma sentença condenatória a uma prestação em dinheiro ou de coisa fungível, conhecendo bens imóveis ou equiparados do réu, pode constituir hipoteca a seu favor num bem do réu. De notar que, também aqui, a hipoteca judicial não nasce da sentença (se assim fosse, a sentença era constitutiva). Pelo contrário, é o registo que faz nascer a hipoteca, sendo também aqui constitutivo. Isto é, vigora quanto a estas um sistema de *título e de modo*, não bastando o título (a sentença condenatória) para que nasça o DR de garantia. Este constituir-se-á quando àquele acresce o *modo* – a inscrição registal.

Como se percebe, nos contratos de financiamento imobiliário são as hipotecas voluntárias que nos interessam.

Cfr. artigo 687º do Código Civil Português (“A hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes”) e nº 2 do artigo 4.º do Código do Registo Predial Português (“Exceptuam-se os factos constitutivos de hipoteca cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo”).

Não será este o local indicado para debater, com a adequada profundidade, o problema de saber se o registo é constitutivo ou se é tão somente uma condição de oponibilidade absoluta, de eficácia mesmo *inter partes*. Na verdade, é sabido que há aqui uma importante questão doutrinal quanto à natureza jurídica do registo da hipoteca entre os Autores que consideram a hipoteca validamente constituída mesmo antes do registo (apesar de não produzir quaisquer efeitos) – OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direitos Reais*. Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa, 1971, p. 392; ANTUNES VARELA. *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 557 (com excepção das hipotecas legais, em que o Autor aceita o carácter constitutivo da hipoteca); ALMEIDA COSTA. *Direito das Obrigações*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 838; LEITÃO, Luís Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 213; CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca...*, p. 184 e ss – e aqueles que vêm no registo um modo necessário à própria constituição da hipoteca. É o caso de Orlando de Carvalho cujas impressivas palavras aqui deixamos: “Foge a isto, desde 1959, a constituição de hipoteca, em que o registo é constitutivo e, por conseguinte, condição de validade da aquisição do direito. Há quem fale a este propósito de condição de eficácia, mas, se bem julgamos, sem critério, pois a aquisição que não é eficaz nem *inter partes*, e não apenas *in tempus*, mas *in perpetuum*, é uma aquisição que não vale porque não se fez validamente. É o que ocorre justamente aqui. Decerto que o título existe (o acto ou acordo hipotecário), mas a constituição de hipoteca exige além dele, um modo, que é o registo da aquisição. Trata-se de um direito de formação complexa, caso em que o preenchimento de um dos termos do iter não chega para a validar ou validar parcialmente. Dizer-se que a constituição de hipoteca sem registo é ineficaz, tem tanto sentido como dizer-se que é ineficaz a venda de um imóvel sem escritura. A não ser que nos refiramos à ineficácia em sentido amplo; que engloba todas as razões de não produção dos efeitos pretendidos, desde a inexistência, à invalidade, à ineficácia *stricto sensu* e à mera irregularidade [...]. Só que se o Direito é discurso e o discurso é rigor, não cremos que se caracterize minimamente a situação”. CARVALHO, Orlando de. Terceiros para efeitos de registo. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXX (1994), p. 99.

De facto, se antes do registo a garantia não produz quaisquer efeitos nem mesmo *inter partes*, parece que não temos ainda uma hipoteca: a hipoteca é a garantia que “confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade no registo”, o que não sucede antes do registo.

Também neste sentido, cfr. CARVALHO FERNANDES. *Direitos Reais...*, p. 127: “o negócio jurídico de que nasce a hipoteca, só por si, não é título suficiente da constituição desse direito, ainda que seja elemento necessário. Deste modo, só com o registo esse negócio se torna perfeito, apto a produzir os seus efeitos”; SANTOS JUSTO. *Direitos Reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 468; MENEZES CORDEIRO. *Direitos Reais*. Lisboa: Lex, 1991, p. 281.

Uma última nota quanto à posição de Vaz Serra, cujas palavras são normalmente interpretadas como considerando que o registo não é constitutivo mas tão somente condição absoluta de eficácia, mesmo *inter partes*. Ora, não cremos que seja este o entendimento do Professor. Na verdade, quando propõe o regime hipotecário em sede dos trabalhos preparatórios do Código Civil, analisando a aplicação dos normais efeitos do registo à hipoteca, pode ler-se: “Haverá, porém, razões que aconselhem fazer-se aqui excepção àquele regra sobre a função do registo, determinando-se que depende dele a própria constituição da hipoteca? Assim parece”. VAZ SERRA. *Hipoteca...*, p. 58 (sublinhado nosso).

O princípio da consensualidade, vigente nos direitos português e francês, determina que a constituição e transferência de direitos reais se dá por mero efeito do contrato, sem necessidade da tradição ou da inscrição registal. Cfr., p. todos, MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos Reais* – Sumários das lições ao curso de 1966-1967 (policopiado). Coimbra, 1967, p. 43.

Cfr. artigo 713º do Código Civil Português.

Num contrato de financiamento imobiliário, há um empenho do legislador na constituição de hipoteca sobre o imóvel adquirido, pelo que instituição de crédito e comprador contratarão, as mais das vezes, uma hipoteca voluntária. Nessa medida, importará indagar até que ponto poderão as partes conformar o conteúdo da hipoteca. No fundo, em que medida vigora aqui o princípio da liberdade contratual, já não na decisão de constituir a hipoteca mas agora na sua modelação.

## A. A HIPOTECA SOBRE TODO O PATRIMÓNIO DO DEVEDOR

A hipótese que colocamos é a de certa instituição de crédito, ao invés de pretender a constituição de uma hipoteca sobre a *coisa adquirida* (como prefere o legislador), solicite o reforço da sua posição através da constituição de uma hipoteca *sobre todo o património do devedor*.

Como facilmente se antevê, a constituição de uma *hipoteca geral* (incidente sobre todo o património do devedor) enfrenta aqui dificuldades atinentes à natureza real da garantia. De facto, uma das *características gerais* da hipoteca<sup>28</sup> é a sua *especialidade ou especificação*, incidência sobre coisa certa e determinada<sup>29</sup>. Nessa medida, o legislador estabeleceu expressamente a proibição das hipotecas gerais<sup>30</sup>. Rigorosamente, a norma não era necessária, pois a natureza real do direito sempre imporá que onerasse coisa certa e determinada; ainda assim, entendeu o legislador definir com precisão esta característica. Ou seja, *toda a hipoteca* deve mencionar qual a coisa sobre que incide, qual o bem certo e determinado à custa do qual o ~~credor~~ pode satisfazer o seu crédito, com preferência aos demais credores.

Percebe-se que assim seja: só assim os terceiros poderão, através da publicidade registal, conhecer em termos exactos a oneração que impende sobre o prédio. Repare-se, no que toca aos contratos de financiamento imobiliário, que o cumprimento da especialidade é exigido, nas hipotecas voluntárias, *ex titulo e ex inscriptione*: isto é, a coisa onerada tem de ser expressamente individualizada, não apenas no registo mas igualmente no título constitutivo, sob pena de nulidade da hipoteca<sup>31</sup>. Ademais, a característica da *especificação* é tida em sentido amplo, não abrangendo apenas a necessidade de identificar a coisa sobre que incide, mas também o crédito que garante, pelo que quer o negócio, quer a inscrição registal, apontam obrigatoriamente a obrigação que a hipoteca vem caucionar<sup>32</sup>.

28 Seguindo a categorização de Isabel Menéres Campos, as características da hipoteca podem agrupar-se em duas categorias: *por um lado*, aquelas que são comuns aos demais direitos reais; *por outro*, aquelas que são específicas da hipoteca e a distinguem de figuras próximas. Cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca...*, p. 29 e ss.

29 Utilizamos a expressão de *princípio da especialidade* ou da *especificação* porque é aquele que está enraizado no léxico jurídico nacional. Vide, por exemplo, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Direitos Reais* (apontamentos das lições do Curso Jurídico de 1970-1971, por Álvaro Moreira e Carlos Fraga). Coimbra: Almedina, 2009, p. 98. De todo o modo, cremos ter razão Manuel Henrique Mesquita quando defende que “*melhor seria, talvez, chamar-lhe princípio de unidade (ou unicidade) do objecto*”. Cfr. MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos Reais...*, p. 10. As demais *características gerais* são a seqüela e a preferência, enquanto consequências da sua eficácia absoluta: a *seqüela* da hipoteca implica que o credor possa executar a coisa onerada ainda que esta haja sido transmitida, contra qualquer sujeito, seja ou não devedor da obrigação garantida; a característica da *preferência* implica a prevalência da hipoteca sobre direitos de crédito incompatíveis ou direitos reais posteriormente registados. Deve notar-se que a *preferência* da hipoteca no direito português enfrenta algumas excepções, nomeadamente no confronto com privilégios creditórios e com o direito de retenção. Cfr. artigo 751º e nº 2 do artigo 759º do Código Civil Português.

30 Artigo 716º do Código Civil Português: “São nulas as hipotecas voluntárias que incidam sobre todos os bens do devedor ou de terceiro sem os especificar”.

31 Cfr. nº 2 do artigo 716º.

32 É fácil perceber a razão de ser desta opção da lei: *proteger os terceiros e tutelar o tráfico jurídico em geral*. Só desta forma é possível saber qual a capacidade de aquela coisa afiançar outras obrigações. Nessa medida, o título constitutivo deve indicar claramente o crédito garantido e, bem assim, se abrange os seus acessórios, já que só a sua constância no registo implica que aqueles sejam por ela assegurados.

Apenas uma nota quanto à *hipoteca de fábricas*, prevista expressamente do direito luso e que abrange não apenas o prédio como os “*maquinismos e demais móveis inventariados no título constitutivo*”. Repare-se que a figura, atendendo aos princípios gerais da hipoteca, não seria admissível: por um lado, a mesma hipoteca abrange *mais do que uma coisa*, porquanto aqueles maquinismos são coisas acessórias (art. 210º do Código Civil), violando o princípio da especialidade; por outro, estas máquinas são bens móveis não sujeitos a registo, pelo que a hipoteca nunca poderia sobre elas incidir. Nessa medida, a Doutrina italiana pronuncia-se pela inviabilidade da *ipoteca di azienda*, já que inexistente naquele ordenamento norma idêntica ao nº 2 do artigo 691º do Código Civil Português. Cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 68, nota nº 171.

Ora, no nosso ordenamento, a admissibilidade desta figura é facilmente explicada: a lei, neste caso específico, permite considerar as máquinas de uma fábrica como *partes integrantes*, mediante convenção expressa (pois os móveis têm de ser inventariados no título constitutivo). De facto, justifica-se a viabilidade concedida uma vez que, não obstante inexistir ligação material à coisa principal,

Importa, ainda, deixar duas notas do regime jurídico da hipoteca, com relevância para os contratos de financiamento imobiliário. *Em primeiro lugar*, repare-se que a hipoteca do direito português pode ser constituída pelo devedor ou por um terceiro. Isto é, admite-se que A constitua uma hipoteca sobre um seu prédio para garantir um mútuo bancário do seu filho B<sup>33</sup>. *Em segundo lugar*, deve sublinhar-se que não é somente o proprietário que pode constituir uma hipoteca; ao invés, a lei permite a outros titulares de direitos reais onerar as utilidades afectas ao seu direito. Assim, é possível que o adquirente de um usufruto sobre um prédio, recorrendo a financiamento bancário, onere o seu direito de usufruto ou que o adquirente de um direito de superfície garanta o empréstimo contraído através de uma hipoteca<sup>34</sup>.

Da mesma forma, será possível, em regra, hipotecar uma *quota* do direito de propriedade ou de outro direito sobre imóvel. Na verdade, esta viabilidade não pretende admitir a prática de actos de oneração sobre a coisa comum (que só podem ter lugar por todos os consortes<sup>35</sup>), mas apenas garantir o princípio geral da livre a oneração ou disposição da quota ideal do direito sobre a coisa<sup>36</sup>. Ora, no quadro de um contrato de financiamento imobiliário, esta possibilidade apresenta-se especialmente útil, ao permitir que apenas um dos consortes recorra ao crédito, onerando a sua quota<sup>37</sup>.

Deve sublinhar-se, todavia, a exclusão da viabilidade de constituição de hipoteca em algumas formas de comunhão: a *meação dos bens comuns*, na comunhão conjugal, e a *quota da herança indivisa*, no quadro da comunhão hereditária<sup>38</sup>.

A primeira excepção é facilmente perceptível: por um lado, resulta óbvio que, enquanto se mantiver a sociedade conjugal, a meação dos bens comuns é *inalienável*, pelo que tornaria impossível ao credor fazer-se pagar pelo respectivo valor. Quanto à segunda excepção, mais discutível, é justificada nas dificuldades que surgiriam em face de os direitos reais terem de incidir sobre coisas certas e determinadas, de ser impossível onerar parte especificada da comunhão<sup>39</sup> e de poderem existir bens móveis no património hereditário, insusceptíveis de hipoteca.

a ligação económica é muito mais forte do que nos demais casos da presença de uma coisa acessória.

Note-se que, apesar de mencionado no registo o inventário dos maquinismos sobre que incide a hipoteca de fábrica (cfr. alínea b) do nº 1 do artigo 96º do Código de Registo Predial), não parece que tal pacto possa ser oponente aos adquirentes de boa-fé das máquinas, embora a lei lhes estabeleça a responsabilidade própria dos fiéis depositários (vide nº 3 do artigo 691º do Código Civil). Cfr. art. 717º do Código Civil Português.

Cfr. artigo 688º do Código Civil Português.

Cfr. nº 2 do artigo 1408º do Código Civil Português, aplicável às outras formas de comunhão pelo artigo 1404º do mesmo Código.

Cfr. nº 1 do artigo 1408º do Código Civil Português. Podem, porém, concitar-se alguns problemas no caso de cessar a comunhão - já que, no direito luso, é lícito a qualquer dos consortes exigir, a todo o tempo, a divisão da coisa (cfr. artigo 1412º do Código Civil Português). Se a divisão obtiver o acordo do credor hipotecário, dispõe a lei civil (artigo nº 2 do artigo 689º) que passa a hipoteca a incidir sobre a parte que for atribuída ao devedor. O problema surge se tal acordo não existir. Nestes casos, a Doutrina vem defendendo várias soluções. Segundo VAZ SERRA, Hipoteca..., p. 124, se a coisa vier a ser dividida, a hipoteca (que antes incidia sobre a quota do direito que pertencia ao hipotecador), passará a onerar a parte do prédio que for atribuída ao hipotecador; se a coisa vier a ser atribuída na totalidade ao hipotecador, indemnizando-se os demais consortes, a hipoteca incidirá sobre a coisa na totalidade, mas limitada ao valor que tinha a quota; se a coisa for adjudicada a outrem, a hipoteca passará a incidir sobre aquilo que, em consequência da divisão, vier a pertencer ao hipotecador, à semelhança do que prevê o artigo 2825º do *Código Civile Italiano*. Assim, se lhe vier a pertencer uma soma em dinheiro, poderá fazer valer o seu direito sobre este crédito - será uma *subrogação real imprópria*.

A construção suscita-nos algumas dúvidas, sobretudo no que tange à consequência da adjudicação da coisa comum a um terceiro. Na verdade, caso a divisão da coisa ocorra antes de vencida a dívida e ao hipotecador (ou a quem lhe tiver sucedido) for atribuída uma soma pecuniária, ter-se-á que concluir pelo vencimento antecipado da dívida, ainda que tal convenção não haja sido celebrada, pois a não execução imediata implicaria que o credor hipotecário passasse a credor comum. Ora, esta solução não pode deixar de considerar-se uma violação das expectativas do devedor, forçado a solver um crédito antes do prazo convencional. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado...*, p. 711, ao invés, propõem que a hipoteca se mantenha, incidindo sobre *quota ideal* da coisa ou do bem, ainda que adjudicado a outrem que não o hipotecador. Isto é, para efeitos de hipoteca, tudo se passaria como se a propriedade não tivesse cessado. Também esta posição merece algumas reservas. De facto, ainda que aceitemos a viabilidade de uma hipoteca sobre quota ideal da coisa, tal regime implica que a divisão possa não ter sido plenamente eficaz, já que a venda judicial, a ter lugar, poderá vir a inutilizá-la. Ora, como ensina VAZ SERRA, Hipoteca..., p. 124, o prolongamento da comunhão para além do necessário não é solução perfeita.

Cremos, todavia, que não haverá outra resposta à compatibilização da faculdade de onerar quota do direito com o poder de qualquer dos consortes exigir a divisão, pelo que a tese de Pires de Lima e Antunes Varela surge como a mais aceitável. Cfr. artigo 690º do Código Civil Português.

Cfr. artigos 1408º e 2124º do Código Civil Português.

## B. OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO E A HIPOTECA GENÉRICA

No campo específico dos contratos de financiamento imobiliário, coloca-se um problema muito interessante, que ocorre na prática bancária com uma preponderante frequência. Trata-se da questão de saber se é possível constituir uma hipoteca, sobre o imóvel cuja aquisição foi objecto do crédito, para garantia de *“todas as dívidas que certo sujeito assuma ou venha a assumir em benefício deste credor”*; por outras palavras, há que indagar da *admissibilidade da hipoteca genérica*<sup>40</sup> em face do direito português.

Para correcta compreensão do problema, há que abordar uma das características específicas da hipoteca do direito português: a sua *acessoriedade* em face de um determinado crédito<sup>41</sup>.

A hipoteca, no direito português, é uma garantia *acessória* de certa obrigação que garante, seguindo a sua sorte. Assim, se o crédito for nulo ou se extinguir, a hipoteca também será nula ou também se extinguirá, ainda que o registo não seja cancelado; da mesma forma, a hipoteca só garantirá o crédito na importância que este tiver ao tempo da execução, não obstante ser inscrita por um valor superior. Isto é, por um lado, a hipoteca pertencerá sempre ao titular do direito de crédito; por outro, é impossível o nascimento de uma hipoteca na falta de um direito de crédito a que aquela se associe, não podendo o proprietário constituir uma hipoteca para depois a transaccionar. Nessa medida, não se prevê no direito luso a figura da *hipoteca independente*, a *dívida fundiária* do direito alemão<sup>42</sup>. A característica da *acessoriedade* implica, porém, três sublinhados.

40 No entendimento de Isabel Menéres Campos, esta designação é incorrecta, pois dará a ideia que incide sobre todo o património do devedor (hipoteca geral). Assim, prefere a expressão *“hipoteca indeterminada”*, *“hipoteca global”* ou *“hipoteca de créditos não determinados”*. Compreendendo a objecção da Autora, utilizaremos a expressão *“hipoteca genérica”*, atendendo ao facto de ser esta a que está enraizada no léxico jurídico. Cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 106.

41 Continuamos a utilizar a categorização das características da hipoteca de CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca...*, p. 29 e ss. A outra característica particular da hipoteca é a sua indivisibilidade. O princípio da indivisibilidade ou da solidariedade (art. 696º CC), orientador do instituto da hipoteca no direito português, tem duas implicações. Por um lado, a hipoteca, uma vez constituída, tem a extensão que lhe foi inicialmente atribuída, *independentemente* de serem divididos o prédio onerado ou o crédito garantido. Assim, se A constitui uma hipoteca sobre o seu prédio X para garantir uma dívida para com B, *mesmo que o prédio X se divida em 3 novos prédios, a hipoteca onerará os 3 novos prédios*. Por outro lado, se B ceder parcialmente o seu crédito a C (dividindo-se o crédito em 2), a hipoteca continua a garantir a dívida a que foi associada. Por outro lado, uma vez dividida a coisa (suponhamos, o prédio X que se dividiu nos prédios A, B e C), a hipoteca que incide obrigatoriamente sobre os novos prédios é uma única. Nessa medida, há uma *solidariedade* dos prédios onerados na garantia à dívida; o credor pode, à sua escolha, promover a venda de qualquer dos prédios onerados.

O princípio da indivisibilidade protege, como é evidente, o credor, que não vê a sua garantia afectada por qualquer vicissitude que afecte o prédio. Constitui, porém, um obstáculo para o devedor que se vê impossibilitado de, pela divisão da coisa hipotecada, poder constituir nova hipoteca com grau preferente, sobre parte da coisa. Nessa medida, é possível convencionar o afastamento do princípio da indivisibilidade. Isto é, a norma do art. 696º não constitui, no direito português, um princípio de ordem pública, podendo estipular-se que a hipoteca fica a incidir apenas sobre algum dos prédios hipotecados ou atribuir-se uma parcela do crédito a cada um dos novos prédios. Esta conclusão surge desde logo da enunciação do princípio da *indivisibilidade* que, imediatamente, admite *convenção em contrário*.

42 Uma nota breve quanto a este instituto. Na verdade, para além da *Hypothek* (§§1113-1190 BGB) — garantia acessória comparável à hipoteca que provém do direito romano e cujo modelo moderno não se afasta em demasia da *hypothèque* prevista pelo *Code Civil des Français*, a lei alemã consagra ainda a figura da *Grundschuld*, apelidada pela Doutrina nacional *dívida fundiária*, *hipoteca independente*, (JARDIM, Mónica. “A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus”, 2008, disponível na *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, acedido via internet em: <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos> e consultado em 15 de Setembro de 2010) ou *dívida imobiliária ou predial* (MENDES, Armindo Ribeiro. Um novo instrumento financeiro: as obrigações hipotecárias. *Revista da Banca*, nº 15 - Julho/Setembro de 1990, p. 65).

A *hipoteca independente* ou *dívida fundiária* apresenta como principal traço distintivo a total ausência de ligação ao devedor e à dívida garantida. Isto é, ao invés do que sucede na hipoteca que conhecemos do direito pátrio e dos ordenamentos inspirados na *hypothèque* napoleónica, a *Grundschuld* traduz-se num direito real que atribui ao seu titular os mesmos poderes que detém o titular de uma *Hypothek*, não dependendo todavia da sua associação a qualquer obrigação creditória. Ora, sendo certo que a *Grundschuld* pode ser constituída como garantia de uma obrigação - (*Grundschuld* de garantia) -, também pode ser gerada sem qualquer dívida a cautionar, ficando o proprietário simultaneamente titular da propriedade onerada e da hipoteca independente (*Grundschuld* do proprietário). Depois, querendo, o proprietário poderá transaccioná-la, designadamente como garantia de obrigações que venha a assumir. Concretizemos, com auxílio do exemplo que nos dá Wolff: o proprietário de certo imóvel constitui sobre o prédio uma *Grundschuld* no valor de 1000, de que é igualmente titular. Este direito, que onera a sua propriedade, é depois alienável, pelo que o proprietário cede depois esta dívida fundiária, a troco de um mútuo de 1000. O adquirente da hipoteca independente tomou o direito de executar a coisa onerada e de receber 1000 à custa do seu valor; é credor do próprio imóvel. O proprietário tem a faculdade de impedir a venda judicial da coisa, readquirindo a *Grundschuld*, pelo que, do ponto de vista pragmático, se estabelece uma segunda relação creditória entre o proprietário da coisa onerada e o titular da dívida fundiária que é garantida pelo valor do prédio. Cfr. WOLFF, Martin; RAISER, Ludwig. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 3º Volume - Sachenrecht, Tübingen, Mohr, 1957, p. 533.

Por um lado, deve olhar-se, em primeiro lugar, ao facto de a obrigação garantida, nos termos do nº 2 do art. 686º, poder ser futura ou condicional, conquanto esteja expressamente determinada. Assim, pode suceder que, por exemplo, a banca se comprometa a emprestar dinheiro ao seu cliente até determinado limite, devendo este constituir a hipoteca ainda quando o crédito é futuro. Note-se que não é aqui posto em causa o princípio da acessoriedade, porquanto a hipoteca se dirige a garantir uma concreta obrigação, ainda que futura<sup>43</sup>.

Em segundo lugar, não parece haver impedimento à constituição de hipotecas destinadas a assegurar o cumprimento de obrigações *propter rem*<sup>44</sup>. De facto, como estas se regulam, em tudo o que não for incompatível, pelas normas aplicáveis aos direitos de crédito<sup>45</sup>, não encontramos óbice em que possa, voluntária ou judicialmente, constituir-se uma hipoteca sobre certa coisa.

Por fim, atente-se que, se é certo que a hipoteca acompanha o direito a que se associa – sendo *transmitida com o crédito a que está ligada* – a lei admite que em dois casos específicos ocorram negócios de transmissão da hipoteca *sem o crédito garantido*<sup>46</sup>.

Fechado este parêntesis, importa então indagar se as partes podem, num contrato de financiamento imobiliário, constituir uma hipoteca que garanta não apenas a obrigação creditícia contraída naquele momento mas igualmente *qualquer dívida que o sujeito tenha ou venha a ter para com a instituição de crédito*.

O problema é incontroverso: uma *hipoteca genérica* como aquela que configurámos padecerá necessariamente de *nulidade*. Efectivamente, estabelece o artigo 280º do Código Civil que os negócios jurídicos de objecto *não determinável* são nulos. Ora, esta hipoteca teria precisamente como objecto créditos que não são determinados nem determináveis, violando uma norma imperativa<sup>47</sup>.

Nessa medida, o instituto assume uma função e uma natureza que vai além da garantia de certa obrigação: “*consiste numa parte do valor do prédio autonomizado do domínio e independente*” que pode ser transaccionado sem qualquer *dívida garantida* e cuja constituição significa uma divisão dos poderes de domínio sobre a coisa. Isto é, mesmo quando se associa a uma dívida, cria-se uma *segunda relação jurídica* em que o devedor é o “*próprio imóvel – por isso esta hipoteca também é denominada como dívida territorial ou dívida fundiária*”, e o credor pode ser um qualquer indivíduo, incluindo o proprietário do imóvel hipotecado”. Cfr. JARDIM, Mónica. A euro-hipoteca..., p. 2.

Atente-se que mesmo quando a dívida fundiária nasce com o objectivo de caucionar uma obrigação – adquirindo o nome de *Sicherungsgrundschuld* (*dívida fundiária de garantia*), a sua natureza independente da garantia implica um conjunto de consequências que a diferenciam da hipoteca: *por um lado*, pode ser transmitida sem o crédito que garantia e este sem aquela; *por outro*, a Grundschuld não se extingue ainda que o crédito garantido seja nulo, já que a hipoteca independente, face ao crédito garantido, reveste carácter abstracto, como uma letra de câmbio (“*Die Grundschuld ist der Forderung gegenüber selbständig, wie ein Wechsel*”). Cfr. WOLFF, Martin. Lehrbuch des..., p. 534; *por fim*, a Grundschuld de garantia não se extingue pelo cumprimento da obrigação que assegurava. Pelo contrário, a dívida fundiária mantém-se, sendo agora titulada pelo proprietário como *valor autónomo da coisa*. Este poderá utilizar a mesma Grundschuld para contrair nova dívida, entregando aquele direito real (e conservando assim o seu grau de prioridade) como garantia de uma nova obrigação. Sobre a origem da figura, vide WOLFF, Martin. Lehrbuch des..., p. 522; MENDES, Armindo Ribeiro. Um novo instrumento..., p. 66, nota nº 6.

43 Esta previsão surgiu pela necessidade de assegurar o grau hipotecário – já que é possível constituir várias hipotecas sobre a mesma coisa, gozando de prioridade aquele que tiver registo anterior (art. 713º CC). Assim, é possível asseverá-lo, não pela data do nascimento da obrigação, mas pela data do registo, acautelando melhor a segurança jurídica.

44 Não querendo desenvolver a controvérsia doutrinal que ocorre no que ao conteúdo das obrigações reais diz respeito, aderimos integralmente à posição de Manuel Henrique Mesquita. Uma obrigação real é, assim, a obrigação de conteúdo positivo (de *dare* ou de *facere*) que impende sobre o titular de um direito real e que emerge do próprio estatuto do direito real. Cfr. MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações Reais e Ónus Reais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 265 e ss. As obrigações de conteúdo negativo serão, assim, limitações legais à soberania do titular do direito real.

45 Neste sentido, MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações Reais...*, p. 300; SANTOS JUSTO. *Direitos Reais...*, p. 85.

46 Trata-se, em primeiro lugar, da *cessão da hipoteca*. Esta figura, (também chamada *sub-hipoteca* ou *hipoteca da hipoteca*) é o negócio jurídico pelo qual um credor hipotecário faz cessar a relação de acessoriedade entre o seu crédito e a garantia real, transmitindo-a a um credor comum do mesmo devedor. Sublinhe-se que será sempre um negócio entre dois credores do *mesmo devedor*: um credor comum (sem garantia especial) e um credor hipotecário. Este vai dissociar a sua garantia do crédito que assegurava, atribuindo-a à protecção especial do primeiro. Por este contrato (que deve obediência estrita aos requisitos do artigo 727º do Código Civil, o credor hipotecário passará a credor comum e o credor comum passará a credor hipotecário. Sobre este assunto, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado...*, p. 748; CAMPOS, Isabel Menéres. *Da Hipoteca...*, p. 74.

O outro caso é o da *cessão do grau hipotecário*, contrato pelo qual dois credores hipotecários (com hipotecas sobre a mesma coisa), acordam ceder o seu grau hipotecário. Isto é, esta convenção tem lugar *entre dois credores hipotecários*. De facto, havendo risco de o valor venal da coisa não ser suficiente para assegurar o cumprimento de todos os créditos que assegura, uma vez que as hipotecas primeiramente registadas preferem sobre as demais, admite-se que um credor hipotecário de grau prioritário ceda a sua posição privilegiada a outro inscrito em posição posterior. Atente-se que esta *cessão do grau hipotecário* está sujeita às mesmas regras da cessão de hipoteca, pelo que o cessionário não poderá aceder a uma posição mais favorável do que tinha o cedente.

47 Neste sentido, cfr. VAZ SERRA, “Hipoteca...”, p. 59: “*não pode a hipoteca garantir quantia indeterminada, como seria a das prestações sucessivas ou periódicas, que se não saiba de antemão quais virão a ser*”.

Por outro lado, uma *hipoteca genérica* não acautelaria minimamente as exigências de tutela do crédito, pois em cada momento seria impossível saber qual era a obrigação que determinado prédio estaria a caucionar. Nessa medida, nenhum credor aceitaria nunca a constituição de uma *segunda hipoteca* sobre a coisa, porquanto jamais estaria certo da capacidade venal da coisa, sendo-lhe totalmente estranho o montante da primeira hipoteca.

Em terceiro lugar, a aceitação da hipoteca genérica considerar-se-ia sempre contrária à ordem pública – mormente do princípio constitucional da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito<sup>48</sup>. Implicaria a sujeição de uma coisa, *ad aeternum* à garantia de todas e quaisquer dívidas que alguém viesse a contrair, de montantes e natureza totalmente indeterminados.

Por fim, deve lembrar-se que o valor que a hipoteca garante, bem como o fundamento do crédito, os juros, os acessórios e o montante máximo devem ser obrigatoriamente expressos no registo, sob pena da sua nulidade, o que não sucederia neste caso<sup>49</sup>.

Problema mais complexo é o da admissibilidade da hipoteca genérica *com fixação de montante máximo*. Isto é, a constituição de uma hipoteca destinada a *garantir todas as dívidas que venham a ser contraídas até ao montante máximo de X*<sup>50</sup>. Considerar-se-á admissível uma hipoteca que garanta qualquer dívida até certo montante?

Em sentido favorável, pode mobilizar-se o argumento de inexistir óbice para o comércio jurídico, operando-se a tutela do crédito. Na verdade, os credores conhecem qual a parte que está afecta ao cumprimento obrigações, podendo assim aceitar uma segunda hipoteca sobre a mesma coisa.

Creemos, porém, serem mais fortes os argumentos no sentido da impossibilidade de, à luz do direito português, se aceitar uma hipoteca como esta.

Em primeiro lugar, lembre-se que o princípio da especialização, como dissemos *supra*, vigora quer para a coisa, quer para a obrigação; isto é, a hipoteca associa-se a um crédito determinado. Ora, a admissibilidade de uma figura deste tipo bole de forma insanável com aquele princípio: o credor escolheria, a seu bel-prazer, quais as obrigações que, no momento da execução, quisesse associar à hipoteca<sup>51</sup>. Efectivamente, lembra Pinto Coelho que a hipoteca, enquanto garantia *especial*, estabelece-se para *determinada responsabilidade*, e não para uma miríade de dívidas, actuais ou futuras, do proprietário<sup>52</sup>. Nessa medida, também neste caso se mantém uma *indeterminabilidade do objecto da obrigação*, geradora da sua nulidade, por força do artigo 280º do Código Civil: “*se as partes não fixam qualquer critério para determinar as obrigações garantidas, a concretização do objecto da garantia fica eternamente ao sabor de acontecimentos futuros, incertos e vagos*”<sup>53</sup>. Na verdade, também neste caso se associaria um imóvel do devedor ou de terceiro, de forma eterna, ao pagamento de obrigações que podem vir a ser geradas<sup>54</sup>.

48 No ensinamento de Gomes Canotilho, o Princípio do Estado de Direito analisa-se, desde logo, nos subprincípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. “*Considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança da orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos*”. Ora, estes princípios exigem que “*o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos*”. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

49 Note-se, todavia, que o valor máximo expresso no registo não se identifica com o crédito garantido; “*consiste unicamente no montante máximo que este pode atingir para ser abrangido pela garantia hipotecária*”, sendo a hipoteca maior ou menor, dentro daquele montante, de acordo com o valor em dívida. Refere-se, porém, sempre *àquela específica* relação de crédito que, com os juros e os acessórios, gozará de garantia hipotecária até ao montante inscrito. Na verdade, sendo a hipoteca uma garantia *accessória*, sempre carecerá da identificação da dívida a que se associa, sob pena de lhe faltar uma das suas características essenciais. Cfr. artigo 96º e 16º do Código de Registo Predial. Vide CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 77.

50 Repare-se que esta figura não é coincidente com os institutos de direito espanhol e de direito alemão conhecidos por *hipoteca de máximo*, que caracterizaremos *infra*. Na verdade, naqueles sempre se exige a identificação da relação jurídica de que pode emanar a obrigação, a qual será caucionada pela hipoteca até determinado montante.

51 Cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 109.

52 Cfr. PINTO COELHO, José Gabriel. *Da hipoteca* (policopiado), p. 23, *apud* CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 77.

53 Cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 110.

54 Como explicam CALVÃO DA SILVA. *Direito Bancário...*, p. 380, e CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 110, é também neste fundamento que a jurisprudência vem declarando a nulidade da *fiança omnibus*. Para uma análise cuidada da *fiança omnibus*, vide, p. todos, JARDIM, Mónica. *A Garantia Autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 187 a 190.

Em segundo lugar, a formulação da hipoteca genérica afastaria por completo a acessoriedade: na verdade, a hipoteca não é nunca dependente de qualquer obrigação, não partilhando a sorte com qualquer crédito. Estará, jacente, pronta a associar-se a qualquer relação creditória entre os sujeitos intervenientes; a nulidade ou extinção de uma das obrigações não obstará, por isso, a que a hipoteca se mantivesse, associando-se a qualquer dívida que viesse a gerar-se. Isto é, ao invés de acessória, a hipoteca assumiria um carácter flutuante, assegurando indistintamente quaisquer obrigações<sup>55</sup>.

Em terceiro lugar, repare-se que a aceitação desta figura implicaria uma subversão das regras de prioridade no registo, já que consistiria, na prática, numa reserva não autorizada de grau hipotecário. Na verdade, o credor estaria a reservar o grau hipotecário para qualquer obrigação que o devedor viesse a assumir, ainda que muito posterior e com causa distinta. Nessa medida, o titular de uma hipoteca de grau inferior verá permanentemente gorada a sua expectativa, pois será sempre preferido um crédito subsequentemente nascido<sup>56</sup>.

Por fim, pense-se na dificuldade que enfrentaria qualquer devedor que quisesse proceder ao cancelamento da hipoteca quando nunca tivesse chegado a nascer qualquer obrigação: tratar-se-ia da prova de factos negativos, necessariamente assolada por um enorme embaraço.

Todas estas razões concorrem para a conclusão de que, no ordenamento jurídico pátrio, deve ser recusada a viabilidade da hipoteca genérica.

Note-se, porém, que a maioria da Doutrina, recusando a viabilidade da hipoteca genérica, vem contudo defender a admissibilidade de certa modalidade da *hipoteca genérica*: aquela que garante uma dívida que, embora não nascida, é determinável pela identificação cabal da relação jurídica de que surgirá o crédito garantido – sujeitos, fonte da obrigação, prestações que compreende, data, local, condições contratuais, e vigência temporal do contrato<sup>57</sup>. Isto é, uma hipoteca associada, por exemplo, a um contrato de abertura de crédito<sup>58</sup>.

Por nossa parte, não temos qualquer dúvida quanto à validade desta garantia à luz do direito pátrio, mesmo na ausência de previsão de um instituto similar às *hipotecas de máximo* dos ordenamentos alemão e espanhol<sup>59</sup>. Na verdade, conquanto se *identifiquem expressamente alguns elementos essenciais da relação jurídi-*

*ca estabelecida*, que afastem a *indeterminabilidade* do objecto, não cremos opor-se o artigo 280º à constituição de uma hipoteca. Se é certo que a obrigação garantida não existe no momento da constituição da hipoteca – já que ela resultará apenas do montante que, na sequência de trocas de capital em sentido inverso, venha a resultar a favor do banco – aquela é claramente *determinável* pela identificação cabal da relação jurídica de que surgirá o crédito caucionado.

Simplesmente, não cremos tratar-se aqui, como defende a Doutrina, de uma *hipoteca genérica* ou *hipoteca global*: há tão somente uma *determinável* obrigação futura ou convencional, que pode ser garantida por hipoteca nos termos da lei (cfr. nº 2 do artigo 686º do Código Civil). Na verdade, apesar de não estar nascida, está identificada a *obrigação a que a hipoteca se associará*, caso venha a gerar-se; isto é, não há aqui qualquer carácter genérico na hipoteca mas a sua ligação a uma obrigação condicional que, por natureza, não tem ainda a plenitude dos seus elementos estabelecidos<sup>60</sup>.

## V. AS CONVENÇÕES ACESSÓRIAS À HIPOTECA NUM CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

### A) O PACTO COMISSÓRIO

Uma cláusula acessória de que se ocupa o legislador português é o *pacto comissório*: a convenção pela qual, na falta de cumprimento, o credor fará sua a coisa hipotecada. Esta cláusula contratual tem origem no direito romano que, numa fase inicial, admitia a *lex commissoria*<sup>61-62</sup> como mecanismo de fortalecimento da

60 Também neste sentido, PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das Garantias...*, p. 191. Transmitindo esta ideia, vide ainda PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 704, anotação ao artigo 686º. De facto, não obstante os Autores não declararem expressamente a posição que seguimos no texto, certo é que associam a viabilidade de constituição de hipotecas caucionando obrigações futuras e condicionais à celebração de contratos de abertura de crédito. Nessa medida, cremos ser conclusão autorizada que os Professores entendem que a obrigação resultante em favor do banco na conclusão de um contrato de conta corrente é precisamente uma das obrigações futuras ou condicionais a que o legislador se quis referir.

61 Como bem explica Isabel Andrade de Matos, “tem sido entendido pacificamente que a palavra *lex* não era aí utilizada no sentido próprio e rigoroso de *lex*, ou seja, de norma jurídica com carácter geral e abstracto imposta por uma autoridade, mas com o significado de *contractus*, de pactum, ou seja, expressão da autonomia contratual”. Cfr. MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório – Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27.

Já a expressão *commissoria* parece provir de “*cadere in commissum*”, ou seja, de violar o convénio celebrado entre as partes.

62 Atente-se que a expressão *lex commissoria* podia significar duas figuras jurídicas distintas. Por um lado, *lex commissoria* era o nome dado à cláusula introduzida nos contratos sinalagmáticos nos termos da qual se atribua a qualquer das partes o direito a resolver convénio com fundamento em incumprimento da contraparte – isto é, uma cláusula que atribua um direito potestativo de resolução do contrato. Por outro lado, quando associada a um contrato de garantia real, referia-se ao convénio pelo qual o credor poderia fazer sua a coisa onerada. Cfr. MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 28 e ss.

Se apenas este última acepção foi absorvida pelo direito português, será este duplice significado romanista que parece justificar o facto de a Doutrina brasileira ver o “pacto comissório” como o direito de resolver um contrato com fundamento em incumprimento – figura prevista no nº 2 do artigo 801º do Código Civil Português e que é muitas vezes designada, no âmbito do direito pátrio, como “*condição resolutive tácita*”, inserta por força de lei em todos os contratos bilaterais.

Impõe-se uma pequena nota quanto a esta designação, à luz do direito português: na verdade, não parece curial apelar-se de *condição resolutive* uma figura que é, na verdade, um *direito potestativo de resolução*. É sabido que a diferença não é despicienda, realçando quatro importantes pontos de distinção. Uma primeira e importante distinção radica no facto de a condição resolutive *operar automaticamente*, funciona por efeito directo da lei, verificando-se o evento condicional (cfr. 270º do Código Civil Português). Ora, este funcionamento automático não acontece na resolução por inadimplemento, que depende do seu exercício. Em segundo lugar, atente-se que a condição resolutive é aposta ao contrato por vontade das partes (art. 405º do Código Civil Português), não resultando da lei; já a resolução fundada em incumprimento é um direito do credor atribuído pelo nº 2 do art. 801º do mesmo Código. Em terceiro lugar, repare-se que a condição resolutive tem efeitos retroactivos em relação a terceiros (artigo 276º), ao contrário do que acontece, por regra, com o exercício do direito de resolução, o qual só prejudica terceiros se for registado com prioridade (cfr. artigo 435º do Código Civil). Nessa medida, alguns Autores agrupam o direito de resolução atribuído pelo nº 2 do artigo 801º do Código Civil na categoria das “*condições impróprias*”, por não reunirem “*todas as qualidades que caracterizam a condição verdadeira e própria*”. É a posição de MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. (actualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 562. Igualmente neste sentido, cfr. ALMEIDA COSTA. *Direito das Obrigações...*, p. 269; ANTUNES VARELA. *Das Obrigações...*, Vol. I, p. 403.

Por nossa parte, não cremos ser necessário recorrer à ficção de que se trata de uma *condição resolutive imprópria*, inserta por lei a todos os contratos bilaterais; basta considerar, de forma mais simples, que a lei atribui um *direito potestativo de resolução* fundado no incumprimento. Esta tese permite abdicar de uma construção em que algo que *não é uma condição em sentido próprio* também *não produz os efeitos típicos da condição resolutive*.

55 Na verdade, “o princípio da acessoriedade determina que a existência e validade da hipoteca dependem da existência e validade da obrigação garantida. E justifica que a extinção desta dívida determine a extinção da hipoteca”. Cfr. SANTOS JUSTO. *Direitos Reais...*, p. 475. Como se percebe, esta acessoriedade não existe no quadro de uma hipoteca como aquela que conjecturamos.

56 Também neste sentido, Isabel Menéres Campos vem concluir que a aceitação da hipoteca genérica implicaria que o devedor não pudesse “na prática, hipotecar de novo, pois dificilmente encontrará um credor disposto a aceitar uma hipoteca de segundo grau, sendo a primeira indeterminada, quer do ponto de vista causal, quer do ponto de vista temporal”, p. 113.

57 Neste sentido, cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 113. Com raciocínio similar, embora relativa à *fiança omnibus*, vide JARDIM, Mónica. *A Garantia Autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 191 e ss.

58 Tais contratos consistem na assunção, por parte da instituição de crédito, da obrigação de disponibilizar ao devedor, consoante as suas necessidades e de acordo com as suas conveniências, importâncias em dinheiro até um máximo convencionado. Nesta relação contratual, o devedor pode, também à medida das suas necessidades e conveniência, entregar na conta corrente as importâncias de que não precisar, sendo estas imputadas no montante da dívida. Sobre o contrato, vide CALVÃO DA SILVA. *Direito Bancário...*, p. 360 e ss; MENEZES CORDEIRO. *Manual de Direito...*, p. 540 e ss; PATRÍCIO, José Simões. *Direito Bancário Privado...*, p. 310; FERREIRA, António Pedro. *Direito Bancário...*, p. 628.

Como se percebe, ao contrário do contrato de *mútuo*, trata-se de um negócio consensual (não depende da entrega do capital para a sua perfeição), e em que a dívida não é concretamente determinada no momento da celebração do contrato; esta vai variar consoante as necessidades e utilizações do devedor, podendo inclusivamente nunca vir a nascer.

59 No direito espanhol e no direito alemão prevê-se a chamada *hipoteca de máximo* – garante todas as dívidas contraídas por aquele sujeito em benefício do credor até um certo montante. Cfr. § 1190 BGB e Art. 153.º-bis da *Ley Hipotecaria*, na redacção que lhe foi conferida pela Ley 41/2007, de 7 de Dezembro.

Sobre estas figuras, vide VAZ SERRA. *Hipoteca...*, p. 60. Note-se que, no direito espanhol, não obstante a expressão ser cara à Doutrina desde longa data, só perante a Ley 41/2007, de 7 de Dezembro, que reformou a *Ley Hipotecaria*, se introduziu de *iure condito* esta expressão, equiparando-a de forma pouco rigorosa à já conhecida *hipoteca flutuante*. Vide HIGUERO, Beatriz Sáenz de Jubera. *Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 707, p. 1245-1274.

Ora, não sendo admitida uma indeterminação do crédito, a *hipoteca de máximo* destina-se a garantir créditos condicionais ou futuros derivados de uma relação jurídica duradoura concretamente identificada. A figura é, assim, especialmente útil como garantia do devedor perante um contrato de conta corrente ou de abertura de crédito bancário.

Como se percebe, a eficácia de publicidade registal da hipoteca é menor numa *hipoteca de máximo*: aqui, apenas se publicita ao comércio jurídico a existência de uma determinada relação jurídica que, na eventualidade de gerar alguma obrigação, estará esta garantida até determinado montante. Já a hipoteca convencional publicita a própria obrigação garantida, permitindo ao comércio jurídico conhecer com maior segurança a capacidade de oneração do imóvel. Neste sentido, cfr. CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 108 e HIGUERO, Beatriz Sáenz de Jubera. *Hipoteca de máximo...*, p. 1250 e ss.



posição jurídica do credor com garantia real. De facto, a convenção permite ao sujeito activo da relação creditória satisfazer imediatamente o seu crédito, sem recurso a uma acção judicial ou qualquer avaliação da coisa dada em garantia.

Ora, tal pacto é vedado (art. 694º CC), quer a sua celebração tenha lugar antes ou depois da constituição da hipoteca, ou em momento anterior ou posterior ao vencimento da dívida caucionada<sup>63</sup>. Note-se, porém, que a nulidade do pacto comissório não acarreta a nulidade da hipoteca. Pelo contrário, por força do art. 292º, dá-se a redução do negócio constitutivo da hipoteca, eliminando-se a cláusula nula.

Em virtude da inexistência, no direito português, da figura da *alienação fiduciária em garantia* no quadro imobiliário, a proibição reveste um carácter muitíssimo amplo<sup>64</sup>, assumindo uma grande importância no sistema luso de garantias reais. Curiosamente, esta proibição também remonta ao direito romano – o mesmo que havia criado a *lex commissoria*<sup>65</sup> – e é comum à generalidade das legislações europeias<sup>66</sup>. A proibição do pacto comissório ter-se-á dirigido à protecção do devedor, que podia ser levado, numa situação de necessidade, a aceitar a transferência da propriedade de certa coisa para o credor para contrair empréstimo de valor muito inferior.

Embora o assunto não seja pacífico, somos da opinião que a lei proíbe, *de iure condito*, quer o pacto comissório desproporcionado (isto é, aquele em que o valor da coisa dada em garantia supera o valor da obrigação), quer o pacto marciano – convénio pelo qual a transmissão da propriedade da coisa se dará no caso de incumprimento mas mediante preço justo, ficando o credor obrigado a entregar ao devedor a diferença entre o valor da coisa recebida e o montante em dívida<sup>67</sup>.

Na verdade, a lei interdita “a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada, no caso de o devedor não cumprir”<sup>68</sup>. Ora, mesmo que se proceda à avaliação do bem no momento da sua transmissão (e a correspondente entrega ao devedor do valor excedente do montante da dívida), certo é que o pacto marciano se subsume numa cláusula que atribui ao credor a propriedade da coisa no caso de inadimplemento<sup>69</sup>; será uma modalidade de pacto comissório e não uma coisa diversa<sup>70</sup>.

63 Continuamos a seguir ANTUNES VARELA. *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 555.

64 Não dizemos um carácter absoluto pois a previsão de institutos como a venda a retro ou a locação financeira de imóveis colocam algumas dúvidas quanto à existência de uma excepção à proibição. Neste sentido, cfr. MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 21.

65 Cfr. PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das Garantias...*, p. 206.

Com efeito, a viabilidade destas cláusulas terá dado origem a um grande número de abusos por parte dos sujeitos economicamente mais poderosos que desapropriavam os sujeitos insolventes. Ademais, a conversão do Império Romano ao cristianismo terá precipitado a sua proibição (por um édito do Imperador Constantino no século IV d. C. – ano 320 d. C.), já que era patente a desconformidade dos resultados da *lex commissoria* com os valores cristãos; passou a ser vista como contrária à boa-fé e aos bons costumes. Neste sentido, vide MENDES, Armindo Ribeiro. Um novo instrumento financeiro: as obrigações hipotecárias. *Revista da Banca*, nº 15 (Julho/Setembro de 1990), p. 62; MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 36.

A proibição da *lex commissoria* manteve-se no Corpus Iuris Civilis, pelo que atravessou toda a idade média, sendo depois incluída nas Ordenações e, mais tarde, no artigo 908º do Código de Seabra: “o credor não pode, na falta de pagamento, apropriar-se do prédio hypothecado”. Para uma análise profunda da evolução do pacto comissório, vide, p. todos, MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 36 a 55.

66 Cfr. vide ANTUNES VARELA. *Das Obrigações...*, p. 555; e MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 24.

Assim, por exemplo, os direitos alemão (§ 1149 BGB), italiano (art. 2744º do *Codice Civile*), espanhol (1859º Código Civil), brasileiro (art. 1428º) estabelecem uma proibição absoluta do pacto comissório.

67 Em sentido contrário, vide GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fideijussória de Dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 96; REMÉDIO MARQUES, João Paulo. *Locação Financeira Restitutiva (Sale and Lease-Back)*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII (2001), Coimbra, p. 607; MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 88.

Note-se que Pires de Lima e Antunes Varela são indicados por Isabel Andrade de Matos como defensores da viabilidade do pacto marciano, o que não é exacto. Na verdade, o que os Professores admitem é a celebração de pacto comissório depois de vencido o crédito, porquanto nessa altura se tratará de uma dação em cumprimento. O pacto marciano, pelo contrário, não deixa de constituir uma verdadeira convenção compromissória, uma vez que permite ao credor aceder à propriedade no caso de o devedor não cumprir, embora mediante certo preço. Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado...*, p. 718, anotação ao artigo 694º. Sobre as origens da designação, vide, p. todos, MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 82 e ss.

68 Cfr. artigo 694º do Código Civil.

69 Neste sentido, cfr. VAZ SERRA. *Penhor*. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 58 (Julho de 1956), p. 219: mesmo neste caso, “o credor apropriar-se-ia de uma coisa que o empenhador não queria vender-lhe nessas condições, se não fosse a dificuldade económica em que se encontrava”.

70 Mesmo a Doutrina que defende a viabilidade do pacto marciano à luz do artigo 694.º do Código Civil entra aqui em contradição, pois simultaneamente aceita-o como modalidade do pacto comissório quanto ao preço por que é transmitido o bem. Cfr. MATOS,

Entender o pacto marciano como convenção não abrangida pelo artigo 694º do Código Civil apenas seria possível praticando uma redução teleológica da norma, excluindo do seu campo de aplicação uma convenção que a letra da lei expressamente abarca. Tal operação só seria lícita perante a conclusão de que a ratio da proibição do pacto comissório se dirige à protecção do devedor, procurando evitar que este seja explorado pelo credor, aproveitando-se da sua posição de carência e fragilidade. Se assim fosse, uma vez que no pacto marciano não avulta uma necessidade de tutela do devedor e que não se descortina um aproveitamento da sua situação de necessidade, talvez se pudesse interpretar teleologicamente a norma, considerando lícita aquela convenção.

Ora, não parece que esta argumentação colha. Efectivamente, e como veremos *infra*, são cinco as razões apontadas para a opção do legislador pela proibição da convenção comissória, as quais se dirigem quer à protecção do devedor, quer a factores de interesse geral, como a protecção dos demais credores e o valor da execução pública do património. No fundo, e como bem ensina Manuel Januário da Costa Gomes, a ratio do pacto comissório é “plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de protecção do devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfico, de não serem falseadas as «regras do jogo», através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais”<sup>71-72</sup>.

Ademais, se assim não fosse – isto é, se o pacto marciano estivesse fora da proibição do pacto comissório –, o legislador, a admitir a convenção marciano no âmbito do penhor financeiro, não precisaria de estabelecer expressamente que aquele contrato constituía uma excepção à proibição do pacto comissório constante do Código Civil, porquanto estaria desde logo de fora do seu âmbito de aplicação<sup>73</sup>.

Deve notar-se, porém, que a opção legislativa no sentido da proibição da convenção comissória pode ser posta em causa. Na verdade, o que sucede muitas vezes é que, em razão da inibição legal, a venda processual da coisa promovida pelo credor revela-se ruínosa, resultando não raras vezes na alienação da coisa por um valor substancialmente inferior ao seu valor real. A venda da coisa tem lugar numa situação de urgência (que é conhecida dos potenciais compradores), sem ponderação do momento adequado e sem negociação. Nessa medida, a vedação do pacto comissório pode conduzir a um resultado mais lesivo dos interesses do devedor (já que o força, em caso de incumprimento, a perder o bem por um montante substancialmente inferior ao seu valor real) do que determinar previamente as condições de transmissão da propriedade em caso de incumprimento<sup>74</sup>.

Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 81 e ss. Ora, se é uma modalidade de pacto comissório, está claro que estará abrangido pela proibição da lei civil portuguesa.

Também a jurisprudência considera que o pacto marciano não passa de uma das modalidades de pacto comissório, proibida pela lei civil. Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003, nº 02B3896.

71 Cfr. GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fideijussória de Dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 94.

72 GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fideijussória...*, p. 96, mesmo defendendo que o fundamento da proibição não se dirige apenas à tutela do devedor necessitado, sustenta que o pacto marciano não é abrangido pela protecção legal. O Autor funda a exclusão de tal convenção da proibição legal no facto de a lei admitir a venda a retro, a reserva de propriedade e a locação financeira. Simplesmente, repare-se que nestes casos é a própria lei que vem autorizar a criação de uma situação jurídica próxima daquela que se encontra no pacto comissório; na verdade, chega mesmo a admiti-lo no contrato de penhor financeiro – Decreto-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio – e tal não basta para que se infira a viabilidade de tal convenção no quadro de uma relação hipotecária. De facto, a lei especial não afasta a lei geral.

73 Assim, o legislador estabelece no preâmbulo do Decreto-Lei nº 105/2004, 8 de Maio, que uma das “novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694º do Código Civil”. Ora, atente-se que as normas materiais do diploma estabelecem a validade do pacto comissório na sua modalidade de pacto marciano, uma vez que, executada a convenção, o nº 2 do artigo 11º do mesmo diploma determina que “o beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas”.

74 Também neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de. *Alienação em Garantia...*, p. 64, cujas impressivas palavras aqui transcrevemos: “a garantia representada pelo penhor ou pela hipoteca acaba, com frequência, por ficar desprovida de significado. A coisa é vendida à pressa, sem escolher a devida oportunidade, sem negociações prévias, e sabendo de antemão o adquirente do “estado de necessidade” do vendedor. Tudo nos antipodas de uma operação económica minimamente adequada. Daqui a venda a vil preço, susceptível de todos os enganos – amiúde verificados – em prejuízo do credor, do devedor ou de ambos. Assim, o credor tenta munir-se de garantias de valor excessivo para se prevenir, com grave prejuízo do devedor. A proibição do pacto comissório, pensada para proteger

Terá sido esta realidade que terá levado o legislador francês a alterar radicalmente a sua posição sobre a matéria. Na verdade, se até à *Ordonnance n.º 2006-346*, de 23 de Março, o *Code Civil* estabelecia, à semelhança das demais ordens jurídicas europeias, a proibição absoluta do pacto comissório, certo é que hoje se admite expressamente esta convenção quer para o penhor, quer para a hipoteca<sup>75</sup>.

A Doutrina vem aduzindo cinco argumentos tendentes ao estabelecimento de uma proibição do pacto comissório, os quais têm sido pacificamente aceites pelo legislador e pela jurisprudência. Nessa medida, há entre nós uma certa unanimidade quanto à bondade da proibição do pacto comissório.

Antecipando a nossa conclusão, é ao invés do que vem dizendo a Doutrina nacional, julgamos que bem andou o legislador francês e que o *pacto comissório* não deve ser proibido. Na verdade, não obstante os cinco fundamentos virem sustentando, um pouco por todos os ordenamentos jurídicos, a proibição da convenção comissória, não nos convence qualquer um deles, criando-se assim uma injustificada restrição da liberdade contratual das partes num contrato de financiamento imobiliário.

Analisemos os fundamentos em que se estrutura a proibição constante do artigo 694.º do Código Civil.

Em primeiro lugar, estaria em causa a tutela do devedor carenciado, que numa situação de necessidade poderia aceitar esta cláusula, lesando os seus interesses, por a coisa hipotecada ter maior valor que o crédito que garantia<sup>76</sup>. Isto é, no fundo, a proibição do pacto comissório procuraria evitar uma vontade viciada do devedor, que colocado em estado de necessidade poderia ver imposta pelo credor a celebração daquela convenção<sup>77</sup>.

Ora, não obstante a facilidade de aceitação deste argumento, nota Isabel Andrade de Matos que a tese enfrenta um grave problema: na verdade, quer os negócios usurários quer os que forem celebrados sob coacção moral não geram qualquer nulidade mas antes uma anulabilidade<sup>78</sup>. De facto, a estar em causa a vontade viciada do devedor, que aceitou o trato na ausência da liberdade decisória necessária à formação de uma vontade sã, a sanção correcta seria a anulabilidade, a qual careceria de ser invocada em certo prazo pelo interessado<sup>79</sup>.

Ademais, cremos não ser inequívoco que todos os devedores, em toda e qualquer circunstância, sejam sujeitos débeis e frágeis, que não consigam estipular livremente as condições contratuais da contracção de

o devedor do credor, acaba por se virar na prática, e com frequência, contra o próprio devedor".

Este efeito parece ser igualmente denunciado pelas palavras de ANDRADE, Margarida da Costa. "O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários", p. 12 e 13, disponível na internet via: <http://hdl.handle.net/10316/13012>, consultado em 14 de Setembro de 2010.

75 No que respeita ao penhor, antes de 2006, estabelecia o art. 2078.º do *Code Civil* que "Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle". Tal disposição foi revogada e substituída pelos novos 2347.º e 2348.º, onde não apenas se estabelece a admissibilidade do pacto comissório (2348.º) como se determina que o credor, mesmo na sua falta, pode requerer ao tribunal a aquisição da propriedade da coisa empenhada como forma de pagamento da obrigação.

Já no que toca à hipoteca, também o legislador francês modificou profundamente a sua posição, não obstante não ter ido tão longe como no que ao penhor diz respeito. Assim, se antes de 2006 se discutia a eventual extensão da proibição do pacto comissório prevista pela *antichrèse* de imóveis à hipoteca (art. 2088.º, na versão anterior à *Ordonnance 2006-341*), o novo texto do art. 2459.º do *Code Civil* dispõe que "Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur". Repare-se que a admissibilidade do pacto comissório é mais reservada que no penhor (*gage*): não apenas se estabelece uma excepção quando a coisa onerada é a habitação do devedor, como se não permite ao credor, na falta de convenção, adquirir a propriedade do imóvel.

76 Justificando assim a interdição do pacto, vide ANTUNES VARELA. *Das Obrigações...*, p. 555: "Era uma cláusula fácil de extorquir para o credor e que o devedor facilmente aceitaria, dado o estado de necessidade económica em que facilmente se encontra à data da constituição da dívida e do oferecimento da garantia". No mesmo sentido, cfr. SANTOS JUSTO. *Direitos Reais...*, p. 475; PESTANA DE VASCONCELOS. *Direito das Garantias...*, p. 206; VAZ SERRA. Penhor. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58 (Julho de 1956), p. 217; MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 59; POÇAS, Luís. *Antecipação bancária e empréstimo sobre o penhor nas operações bancárias*, E.L.C.L.A., 2008, p. 105 e ss.

77 Em apoio desta tese, aduz MATOS, Isabel Andrade de que tal pressão poderá surgir quer logo no momento do nascimento do crédito ("sempre que o credor se recuse a conceder crédito a não ser que o devedor aceite, por exemplo, transferir para si a propriedade de um ou mais bens"), quer em momento ulterior, nos casos em que o devedor se veja na contingência de "ter de pedir uma prorrogação do termo do prazo da sua obrigação" e em que esta não fosse concedida sem que algum bem fosse transferido para o credor. MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 60.

De acordo com a tese exposta, neste segundo caso a posição do devedor seria ainda mais débil, provavelmente aceitando sem reservas a convenção.

78 Cfr. artigos 283.º e 285.º do Código Civil.

79 Para uma comparação e análise dos dois vícios negociais, vide MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral...*, p. 619 e ss.

crédito. Na verdade, o ponto de partida da tese da tutela do devedor ignora que, nos dias de hoje – e perante a forte concorrência entre as instituições de crédito –, muitos potenciais devedores são operadores económicos com uma posição jurídica menos delicada que a dos próprios credores. Nessa medida, a nulidade implica uma subtracção a uma condição contratual que podia ser mais interessante para devedores: não apenas conseguiriam negociar uma taxa de juro inferior – atendendo à superior segurança do credor – como poderiam optar pelo não cumprimento da obrigação e entrega da coisa, sem ver o seu património afectado. No fundo, estaria apenas em causa a celebração de um contrato de *compra e venda* sob condição suspensiva do não cumprimento da obrigação do devedor, o que apresentaria reais vantagens para ambos.

O segundo fundamento em que a Doutrina vem sustentando a proibição do pacto comissório radica na sua recondução ao princípio da proibição da usura que estaria, em sede da hipoteca, concretizado. Isto é, a aceitação de uma cláusula deste tipo redundaria sempre na exploração do estado de necessidade do devedor, sendo, assim, uma condição contratual imoral<sup>80</sup>.

Julgamos também não vingar o argumento. De facto, se por um lado (e como explicámos *supra*) nem sempre a estipulação do pacto redundaria num negócio usurário, por outro aqueles que o fossem seriam sempre anuláveis nos termos gerais<sup>81</sup>, mesmo sem qualquer proibição específica. Ademais, a ser este o fundamento da proibição, a lei limitaria a sua protecção aos pactos cujo resultado redundasse na exploração do devedor; ora, como é sabido, o legislador comina com a nulidade *todo e qualquer pacto comissório*, usurário ou não<sup>82</sup>.

Alguma Doutrina vem ainda sustentar que a admissibilidade da convenção comissória implicaria a concessão ao credor de uma autotutela incompatível com o princípio de autodefesa e da exclusividade do exercício da função executiva do Estado. De acordo com esta tese, perante a celebração do trato em causa, o credor ficaria investido de poderes de execução, utilizando ele próprio o património alheio para satisfação do seu crédito, sem recurso aos órgãos de soberania<sup>83</sup>.

A tese não nos convence. Na verdade, se o princípio em causa abrangesse convenções como esta, a lei teria de proibir institutos como a *dação em cumprimento*, já que também nesse caso seria o credor e o devedor a assegurar o cumprimento da obrigação por recurso à propriedade de uma coisa escolhida por ambos e sem recurso ao sistema judicial. Por outro lado, e como bem sublinha Isabel Andrade de Matos<sup>84</sup>, a aceitação desta convenção não implica a exclusão da judicatura estadual, já que qualquer das partes poderia sempre recorrer ao tribunal sobre litígios envolvendo a celebração ou a execução do pacto, inclusive aí discutindo qualquer vício da vontade na sua aceitação.

O quarto argumento invocado dirige-se já não à protecção do devedor mas à tutela dos demais credores comuns do mesmo devedor: defende-se que a validade do pacto comissório permitiria prejudicar os credores comuns do devedor, já que implicaria a subtracção do património do devedor em favor de um credor específico<sup>85</sup>.

Este fundamento não parece igualmente colher. Em primeiro lugar, a capacidade civil do devedor não é diminuída pelo simples facto de assumir uma obrigação, gozando de plenos poderes de disposição dos

80 Aceitamos, assim, o argumento de Isabel Andrade de Matos no sentido da distinção deste argumento do último: se ali estaria em causa a tutela da livre vontade do devedor, aqui estará o resultado da aceitação da cláusula comissória. MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 62.

Sustentando neste fundamento a proibição da convenção comissória, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita). *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 718: "o fundamento é paralelo ao da proibição da usura".

81 Cfr. artigo 218.º do Código Civil Português, que comina com a anulabilidade o negócio pelo qual alguém se aproveita da situação de necessidade da contraparte para obter proveitos excessivos ou injustificados.

82 Igualmente no sentido da improcedência desta tese, vide MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 63 e 64.

83 Neste sentido, cfr. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*, à luz do Código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 63: "A regra da proibição dos pactos comissórios [...] deriva da proibição geral da auto-tutela"; MARQUES, João Paulo Remédio. *Locação Financeira Restitutiva (Sale and Lease-Back)*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII (2001), Coimbra, p. 600.

84 Cfr. MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório...*, p. 67.

85 Neste sentido, embora não lhe atribuindo a única finalidade da proibição, vide GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fideijussória...*, p. 94; MARQUES, João Paulo Remédio. *Locação Financeira...*, p. 599.

seus bens; nessa medida, "perfilhar este entendimento equivaleria a estabelecer uma inadmissível limitação ao poder de disposição dos bens do devedor. Todo e qualquer acto de disposição de bens do devedor poderia importar uma diminuição da garantia patrimonial dos seus credores e, conseqüentemente, deveria ser proibida"<sup>86</sup>. Por outro lado, e mesmo que a celebração do pacto comissório tivesse por efeito a diminuição da garantia geral das obrigações, a lei estabelece outros mecanismos a que os credores podem recorrer, como a impugnação pauliana. Em terceiro lugar, lembre-se que o credor a quem a coisa seria entregue no caso de execução do pacto comissório já é um credor com direitos especiais sobre a coisa, uma vez que o valor do bem onerado sempre o satisfará primeiro, podendo nem sequer aceder a qualquer quota-parte do seu valor. Por fim, e mesmo que estes nossos argumentos não convencessem, sempre poderiam tutelar-se os credores comuns pela sujeição a registo do pacto comissório enquanto convenção acessória da hipoteca; nessa medida, o comércio jurídico conheceria o reforço da posição do credor hipotecário.

Por fim, a Doutrina vem sustentando que a admissibilidade de uma cláusula deste tipo subverteria a hipoteca, havendo pois um *interesse social em evitá-la*. De acordo com estes Autores<sup>87</sup>, a divulgação desta cláusula torná-la-ia numa "regra, ou seja, tornar-se-ia uma cláusula de estilo" presente em todos os contratos de constituição de hipoteca, o que seria nefasto atendendo à debilidade do devedor. Nessa medida, defende-se que não se trata de uma protecção de um concreto devedor (pois tal seria suficientemente acautelado pela previsão da anulabilidade dos negócios usurários ou, eventualmente, da própria anulabilidade do pacto comissório) mas sim de um interesse de ordem pública, a que deveria por isso corresponder uma sanção radical como a nulidade.

O argumento também não parece ser decisivo. Na verdade, e mesmo que aceitemos que, normalmente, a posição jurídica do devedor é mais frágil do que a do credor, a aceitação do pacto comissório rodeada de adequadas cautelas não parece haver qualquer óbice na divulgação de um *pacto comissório não usurário*. Por outras palavras, se o pacto comissório fosse aceite na modalidade de *pacto marciano*, nenhum interesse social adviria na sua proibição, porquanto o devedor em caso algum veria explorada a sua situação de necessidade. Tratar-se-ia, assim, de melhorar as suas condições de acesso ao crédito, porquanto o aumento do nível de confiança dos credores importaria necessariamente melhores condições creditórias.

Nessa medida, julgamos que nenhum perigo haveria na abertura à autonomia privada da cláusula comissória, na sua modalidade de *pacto marciano*. Aliás, foi este o caminho seguido pelo Código francês, que admite o pacto comissório mas determina imperativamente que o "*valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement*"<sup>88</sup>, devendo o credor entregar o remanescente ao devedor ou, caso existam, aos demais credores.

Na verdade, a proibição do pacto não apenas impede o devedor de aceder a condições mais vantajosas de financiamento como o desprotege mais do que a sua aceitação, já que o incumprimento da obrigação sempre o arrastará para uma ruíosa venda processual do bem, implicando por certo a sua alienação por um valor muito inferior àquele que a coisa tinha<sup>89</sup>.

## B) A INALIENABILIDADE DA COISA HIPOTECADA

Também é proibida, pela legislação portuguesa, a convenção pela qual se proíbe o proprietário de transmitir ou onerar a coisa hipotecada (artigo 695º do Código Civil). A proibição desta cláusula ter-se-á

86 Cfr. MATOS, Isabel Andrade. *O Pacto Comissório...*, p. 70.

87 Cfr. GOMES, Manuel Januário Costa. *Assunção Fideijussória...*, p. 94.

Esta posição tem ainda apoio jurisprudencial, parecendo estar na base do Acórdão de Supremo Tribunal de Justiça de 21 Dezembro 2005, nº 04B4479.

88 Cfr. artigo 2348º e 2460º do *Code Civil* na sua redacção actual, respectivamente para o *gage* (penhor) e para a *hypothèque* (hipoteca).

89 Não obstante a Autora o não deixar claro, cremos que também vai neste sentido a posição de Isabel Andrade de Matos. Na verdade, não obstante declarar o seu apoio à proibição legal ("a licitude do pacto comissório permitiria gravíssimos abusos dos credores para com os seus devedores, especialmente quando o bem dado em garantia fosse de valor muito superior ao montante do crédito garantido"), a Autora vem depois considerar que a modalidade do pacto marciano escapa à proibição do artigo 694º, uma vez que não encontra qualquer fundamento na sua proibição.

fundado nas mesmas razões que legitimaram a proibição do pacto comissório: pretendeu-se evitar que o devedor, em estado de necessidade, aceitasse uma convenção particularmente lesiva dos seus interesses<sup>90</sup>. Ora, a inalienabilidade da coisa é, por si só, uma redução da capacidade dispositiva do proprietário que o colocaria numa situação ainda mais débil.

Por nossa parte, nenhuma objecção há, neste caso, à solução legal. Na verdade, atenta a natureza real da hipoteca, a alienação da coisa dada em garantia em nada prejudica o credor, que pode promover a venda processual da coisa mesmo que esta pertença a outrem.

Sublinhe-se, porém, que a proibição não abrange a viabilidade de as partes retirarem outros efeitos obrigacionais da alienação da coisa. De facto, a lei admite, por exemplo, que as partes convençionem o vencimento antecipado do crédito se se der a alienação da coisa onerada. Na verdade, sem que resulte de forma óbvia qualquer risco para o credor pela transmissão da propriedade da coisa, certo é que também não existem razões que concorram para subtrair tal faculdade à liberdade contratual das partes.

## C) EXCLUSÃO DE PARTES COMPONENTES E PARTES INTEGRANTES

O problema que se coloca é o de saber se podem as partes, numa hipoteca voluntária, extinguir da garantia partes componentes ou integrantes da coisa. O direito português estabelece que, por respeito ao *princípio da totalidade* – os direitos reais incidem sobre toda a coisa a que estão ligados<sup>91</sup> –, a hipoteca estende automaticamente aos frutos, direitos inerentes aos imóveis, partes integrantes e componentes dos prédios<sup>92</sup>. Daqui resulta, desde logo, uma obrigação de o proprietário não retirar da coisa hipotecada as partes integrantes e partes componentes<sup>93</sup>. A questão que concitamos, porém, radica em saber se podem as partes introduzir no contrato um *pacto de exclusão*, que subtraia à hipoteca certa parte da coisa (uma janela, uma estátua que consta do jardim, os elevadores, etc.)<sup>94</sup>.

A este problema, tem dado a Doutrina uma resposta positiva<sup>95</sup>. Simplesmente, como se percebe, um pacto destes tem eficácia meramente obrigacional, já que as partes componentes e integrantes, até à sua separação da coisa principal, não são coisas e não podem incidir sobre elas direitos reais autónomos<sup>96</sup>. No fundo, nasce um direito de crédito para o proprietário, apenas invocável perante o credor hipotecário, de retirar da coisa principal as ditas partes componentes. Até esse momento (da separação), a hipoteca incide também sobre elas, nos termos prescritos pelo art. 691º.

Note-se que, sendo um direito de crédito, apenas produz efeitos *inter partes*, não integrando a eficácia absoluta da hipoteca. Dessa forma, se o proprietário vender a coisa, o dever de não impedir a retirada ou separação das partes integrantes não se transmitirá, por regra, ao adquirente da coisa, que verá, nos termos legais, a hipoteca onerar toda a coisa<sup>97</sup>. Igualmente, se a hipoteca for cedida, o novo credor hipotecário não estará onerado, por regra, pela obrigação creditória assumida pelo seu transmitente.

## VI. CONCLUSÕES

Do estudo do modelo legal português dos contratos de financiamento imobiliário, devem retirar-se duas conclusões.

90 Neste sentido, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. *Código Civil Anotado...*, p. 718, anotação ao artigo 695º.

91 Assim o define SANTOS JUSTO. *Direitos Reais...*, p. 27 e ss.

92 Cfr. artigo 691º, que remete o art. 204º, todos do Código Civil Português.

93 No direito alemão, estabelece-se inclusivamente que, caso se opere tal separação, a hipoteca continua a incidir sobre os direitos reais retirados pelo proprietário.

94 É pacífica a impossibilidade de constituir hipotecas exclusivamente sobre partes integrantes e partes componentes, visto tratar-se de coisas que "uma vez separadas materialmente do prédio, passam à categoria de móveis, perdendo a sua qualidade imobiliária, resultante da ligação permanente ao imóvel". ANTUNES VARELA. *Das Obrigações...*, p. 553.

95 CAMPOS, Isabel Menéres. *Da hipoteca...*, p. 61.

96 Cfr. nº 2 do artigo 408º do Código Civil.

97 Só poderá transmitir-se cumprindo as regras da cessão de créditos – cfr. 577ºss do Código Civil Português.

A primeira concretiza-se na correcta preferência do legislador quanto à eleição da hipoteca sobre o imóvel adquirido como garantia especial adequada às obrigações assumidas pelo devedor, quer num contrato de mútuo, quer num contrato de abertura de crédito. A opção do legislador vai ao encontro dos interesses contratuais do comércio jurídico, uma vez que apesar de a hipoteca não ser imposta, é esta a garantia que surge na grande maioria do comércio jurídico.

A segunda tem a ver com as possibilidades de modelação contratual do conteúdo da garantia real no âmbito do financiamento imobiliário. De facto, se a lei não permite a geração de uma hipoteca genérica, solução perpetrada de uma indiscutível bondade, também parece que a proibição do pacto comissório que a lei portuguesa continua a estabelecer poderá ser repensada, pois parece hoje prejudicar simultaneamente devedor e credor.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- ANDRADE, Margarida da Costa. "O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários", disponível na internet via <<http://hdl.handle.net/10316/13012>>, consultado em 14 de Setembro de 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa, 1971.
- ATHAYDE, Augusto de; ATHAYDE, Augusto Duarte de; ATHAYDE, Duarte de. *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CAMPOS, Diogo Leite de. A alienação em garantia. *Revista Doutrinária do Instituto Italo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 63-76.
- CAMPOS, Maria Isabel Hebling Meneses. *Da Hipoteca: Caracterização, Constituição e Efeitos*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Orlando de. Terceiros para efeitos de registo. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXX (1994), p. 97-106.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direitos Reais*. Lisboa: Lex, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Bancário*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CORREIA, João Anacoreta; CUNHA, Pedro Gomes da. A alienação fiduciária de imóveis como garantia dos credores – Uma alternativa à hipoteca. *Jornal de Negócios*, 26 de Fevereiro de 2007.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria. *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. I, nº 1, 1980, p. 41-57.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Direitos Reais*, 4ª ed. Lisboa: Quid Iuris, 2004.
- FERREIRA, António Pedro A. *Direito Bancário*. Lisboa: Quid Iuris, 2005, p. 621.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais, à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fidejussória de Dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000.
- JARDIM, Mónica. *A Garantia Autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002.
- \_\_\_\_\_. "A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus", 2008, disponível na *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, acedido via internet em <<http://www.fd.uc.pt/cenox/textos>> e consultado em 15 de Setembro de 2010.
- JUBERA HIGUERO, Beatriz Sáenz de. Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 707, p. 1245-1274.
- JUNIOR, Jurandyr Souza. A ação de revisão dos contratos de crédito imobiliário à luz do art. 50 da Lei nº 10.931/04. *Revista Bonijuris*, Ano XVIII, nº 514 – Setembro de 2006, p. 5-16.
- JUSTO, António Santos. *Direitos Reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008.
- LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- MARQUES, João Paulo Remédio. Locação Financeira Restitutiva (*Sale and Lease-Back*). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII (2001), Coimbra, p. 575-632.

- MATOS, Isabel Andrade de. *O Pacto Comissório – Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MENDES, Armindo Ribeiro. Um novo instrumento financeiro: as obrigações hipotecárias. *Revista da Banca*, nº 15 (Julho/Setembro de 1990), p. 59-100.
- MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos Reais – Sumários das lições ao curso de 1966-1967 (policopiado)*. Coimbra, 1967.
- \_\_\_\_\_. *Obrigações Reais e Ónus Reais*. Coimbra: Almedina, 2000.
- NUNES, António Avelãs. *Economia – O Crédito. Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra – Serviço de Textos*. Coimbra, 2003.
- PATRÍCIO, José Simões. *Direito Bancário Privado*. Lisboa: Quid iuris, 2004.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. (actualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Reais* (apontamentos das lições do Curso Jurídico de 1970-1971, por Álvaro Moreira e Carlos Fraga). Coimbra: Almedina, 2009.
- POÇAS, Luís. *Antecipação bancária e empréstimo sobre o penhor nas operações bancárias*, E.L.C.L.A., Lisboa, 2008.
- SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. Penhor. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 58 (Julho de 1956), p. 17-292.
- \_\_\_\_\_. Hipoteca. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 62 (Janeiro de 1957), p. 5-356.
- SILVA, João Calvão da. *Estudos de Direito Comercial – Pareceres*. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2001.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1957.
- VARELA, João de Matos Antunes. "Constituição de Hipoteca a favor de bancos prediais", *Colectânea de Jurisprudência*, Año XVI (1991), Tomo III, p. 47-54.
- \_\_\_\_\_. *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- WOLFF, Martin; RAISER, Ludwig. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 3º Volume – Sachenrecht, Tübingen, Mohr, 1957.