

CONCLUSÃO - 04-01-2012

(Termo electrónico elaborado por Escrivão de Direito Célia Costa)

=CLS=

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

Prescreve, então e no que ora nos interessa, o artigo 334.º do C.C., primeira fonte do instituto do Abuso de Direito, que *é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*

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

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

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

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

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

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

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

*

Tentemos colocar a questão da forma mais depurada possível.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cotejado este enquadramento circunstancial, é nosso entendimento que a total procedência da pretensão do credor **Banco ..., S.A.** – *obrigação de pagamento do simples remanescente da dívida após valor da adjudicação*, configuraria uma situação de abuso de direito na modalidade de desequilíbrio no exercício de direito porquanto, sendo titular de um direito de crédito, formal e aparentemente exigível por incumprimento contratual, a sua executoriedade e reconhecimento judicial *desencadearia resultados totalmente alheios ao*

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

Divisemos o porquê desta conclusão.

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Repare-se.

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

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

*

Custas do incidente pelo Requerente e Credor, com taxa de justiça se fixa em 1UC, na proporção dos respectivos decaimentos, ¼ para o Requerente e 3/4 para o Credor, (nos termos do art.º 7º, nº 3 e Tabela II em Anexo ao R.C.P. aprovado pelo D.L. nº 34/2008, de 26 de Fevereiro).

*

Notifique.

*

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

*

Portalegre ...