

“Quem não luta pelos seus direitos não é digno deles”

Ruy Barbosa

Advogado, estadista e escritor brasileiro (1849-1923)

A protecção da casa de morada de família

Sumário:

Encarando a realidade actual, de crise económica e financeira, procura-se caracterizar o sobreendividamento das famílias portuguesas, as suas causas e consequências sociais, especialmente quanto à perda da casa de morada de família, isto depois de décadas de políticas públicas de incentivo à aquisição de habitação própria, o que também será objecto de análise.

Ensaia-se, de seguida, uma busca de fundamentação do direito à habitação como direito fundamental, com consagração constitucional, justificado também à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, dando-lhe um conteúdo efectivo e não meramente programático.

Segue-se uma análise das “respostas” que têm sido dadas quanto à problemática da protecção da casa de morada de família, nomeadamente nos tempos mais recentes, através do DL 227/2012 de 15.10 e das Leis 58/2012 e 59/2012, ambas de 09.11.

Finalmente procura-se uma abordagem de justificação de outras “respostas” que poderiam e deveriam ser dadas quanto ao direito à habitação como direito fundamental, numa sociedade mais justa e democrática, tomando em consideração a Lei brasileira nº 8009/90 de 29.03.90, a Lei grega nº 3869/10 de 03.08 e os legítimos interesses dos devedores, sem no entanto olvidar os interesses dos credores.

Palavras-chave: sobreendividamento das famílias; execução; insolvência; casa de morada da família; direito à habitação; direitos fundamentais; princípio da dignidade da pessoa humana.

1. Introdução

É um facto óbvio que vivemos em vários países da Europa do Sul e especialmente em Portugal uma grave crise económica, com profundas consequências sociais, cujas dimensões e alcance ainda não terão atingido o seu extremo, tudo apontando no sentido de que a tendência será para o seu agravamento¹.

¹ No que tange à economia portuguesa, os últimos indicadores económicos divulgados pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), relativos a 2012, dando conta de uma quebra do PIB de 3,2%, naquilo que se pode qualificar como a pior recessão desde 1975, não pressagiam nada de bom para o futuro. (http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=133396321&DESTAQUESmodo=2). Aliás, a confirmarem-se as últimas previsões do Banco de Portugal (BP), constantes do Boletim Económico da Primavera de 2013, a quebra do PIB em 2013 será de 2,3% e a redução do emprego de 3,3% (http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Publicacoes/BoletimEconomico/Publicacoes/bol_primavera_p.pdf), o que pode empurrar o país para a pior recessão desde 1949, segundo o Diário de Notícias de 27.03.13.

A forma como aqui chegámos, nomeadamente algumas das causas subjacentes, especialmente a desregulação² do sistema financeiro e falta de supervisão do sistema bancário³, não serão objecto de análise neste texto, embora não deixem de estar subjacentes ao mesmo.

Procurarei antes tentar perceber as causas e as consequências do sobreendividamento⁴ das famílias no contexto da actual crise económica e financeira, especialmente considerando o crédito para aquisição/construção de habitação própria, bem como o impacto dessas consequências em termos de afectação das famílias portuguesas no que tange à perda da sua casa de morada, na sequência dos processos de execução e de insolvência. A perspectiva de análise centrar-se-á na protecção da casa de morada de família, enquanto direito social em risco⁵, face ao direito patrimonial do credor hipotecário e não numa perspectiva do direito à habitação como direito obrigacional fundado num contrato de arrendamento e, portanto, numa perspectiva relacional direito de propriedade versus direito do arrendatário.

Ensaia-se depois uma busca de fundamentação do direito à habitação como direito fundamental, com consagração constitucional, mas que também deve ser “lido” à luz do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana⁶, com tudo o que isso implica, mormente a necessidade dum conteúdo efectivo e prático.

De seguida procurarei analisar as “respostas” que têm sido adoptadas para lidar com esta realidade, nomeadamente nos últimos tempos, perscrutando a génese subjacente ao processo legislativo que conduziu à aprovação do DL 227/2012 de 15.10 e às Leis n.ºs 58/2012 e 59/2012, ambas de 09.11 e a forma como o sector bancário, através da Associação Portuguesa de Bancos (APB) e do Banco de Portugal (BP) se “apropriaram” desse processo legislativo, conseguindo que as soluções condensadas naqueles diplomas legais tenham ficado muito aquém dos projectos legislativos que lhes estiveram subjacentes e das preocupações sociais a que visavam responder.

² António Hespanha identifica a “desregulação legislativa” como um dos traços característicos “do estado do mundo dos negócios que está na origem da crise de 2008” (Hespanha, 2012:16-17).

³ Sobre aquela desregulação e esta falta de supervisão no sistema financeiro e bancário, é deveras preocupante a perspectiva que nos é transmitida pelo jornalista e editor de economia do semanário francês *Le Point*, Patric Bonanza, quando adjectiva de verdadeira “selva” a alta finança anglo-saxónica e classifica de “casinos” as duas praças financeiras do planeta, bem como quando afirma que “a SEC de Nova Iorque e a FSA (Financial Service Authority) na City vigiam o que podem, mas são completamente impotentes, como a Reserva Federal e o Banco de Inglaterra, quando se trata de travar a embalagem dos créditos e da especulação” (Bonanza, 2009:93-95).

⁴ Ao falarmos aqui de sobreendividamento estamos a incluir no conceito as situações de impossibilidade não pontual, mas duradoura, de não pagamento das dívidas, em resultado de circunstâncias não queridas nem previstas, nomeadamente perda de rendimento, por força de desemprego e encerramento de pequena empresa ou comércio familiar, acidente, divórcio, abrangendo ainda a realidade dos designados “cortes” nos vencimentos. Para uma análise completa da distinção entre endividamento e sobreendividamento, cfr. Maria Manuel Leitão Marques *et al*, *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, 2000.

⁵ Embora a casa de morada de família possa constituir um direito de propriedade dos seus habitantes, o enfoque do texto é colocado na função social da habitação para a família.

⁶ Pese embora a ambiguidade que possa associar-se ao conceito de “pessoa humana” é perspectivada no texto como “o ser humano na integralidade das suas dimensões”, considerado pelo direito como “sujeito ético” (Almeida: 2000:628-629).

Perspectivar que outras “respostas” poderiam ser adoptadas, tendo como pano de fundo o enquadramento jurídico do direito à habitação como um direito social fundamental e não meramente um direito social de conteúdo programático, tomando ainda em linha de consideração as experiências que decorrem da Lei brasileira nº 8009/90 de 29.03.90 e da Lei grega nº 3869/10 de 03.08 é a tarefa subsequente.

Finalmente, ainda neste enquadramento, procurarei justificar a necessidade de serem ponderadas/adoptadas outras “respostas”, não só por serem as mais justas e adequadas para os cidadãos sobreendividados, mas também porque são as mais positivas para a sociedade, uma sociedade mais justa e democrática no seu conjunto. Além disso, essas outras “respostas” não constituem um sacrifício inoportável para os próprios credores, os quais, não sendo alheios aos factores subjacentes à crise, nomeadamente os do sector bancário e financeiro, é de lhes exigir que suportem também os “custos” da crise.

*

2. O sobreendividamento das famílias portuguesas, suas causas e consequências

O sobreendividamento das pessoas singulares⁷ é uma realidade ou fenómeno recente das sociedades contemporâneas (Frade; 2003:15), com crescimento acentuado nas últimas décadas, também em Portugal. Este fenómeno começa por ter subjacente, por um lado, um aumento do consumo das famílias, em resultado de uma maior facilidade na concessão de crédito por parte dos bancos e das entidades financeiras, nomeadamente em virtude de uma forte promoção da concessão de crédito para aquisição de habitação própria e, por outro lado, uma diminuição da poupança das famílias⁸.

Aquele aumento do consumo das famílias, aliado a outros factores, como uma concessão de crédito barato e por vezes pouco responsável, além de uma descida das taxas de juros nominais, implicou também uma contínua e regular descida da taxa de poupança das famílias portuguesas, a partir da década de 80 e especialmente na década de 90 (Alves e Cardoso; 2010:65).

A dimensão ou o nível de endividamento das famílias portuguesas é dos mais elevados na União Europeia (UE), como nos dá conta um documento de informação de 2010 para o Parlamento Europeu, embora a par de outros países como a Irlanda, a Espanha, o Reino Unido, o Chipre e a Dinamarca (Dubois e Anderson; 2010:7).

⁷ É esta realidade, a pessoa física singular, enquanto titular de direitos e obrigações, por contraposição à pessoa colectiva (v. art.ºs 66º, 67º e 157º, todos do Código Civil), que se terá como pressuposto quando aqui falarmos de sobreendividamento e sobreendividamento das famílias.

⁸ Para uma análise da relação entre consumo, endividamento, sobreendividamento e desemprego cfr. o Relatório Final “*Desemprego e Sobreendividamento das Famílias: Contornos de uma Ligação Perigosa*”, realizado por uma equipa de investigação do CES, sob a coordenação de Catarina Frade, acessível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/453_433_relatorio_desemprego_sobreendividamento%255B1%255D.pdf

Mas não foram apenas estas realidades sociais, aumento do consumo e, em simultâneo, diminuição da poupança, a gerar o sobreendividamento. Tais realidades sociais foram apanhadas como que em contraciclo por uma onda avassaladora, qual tsunami, a profunda crise financeira e económica mundial, despoletada pela crise do *subprime* nos Estados Unidos da América (EUA) em 2007/2008, geradora de uma drástica contracção do crédito, seguida de medidas de austeridade e conseqüente aumento do desemprego, o que tudo contribuiu para fazer emergir o fenómeno do sobreendividamento. Em Portugal, por força das medidas de austeridade adoptadas, do elevado nível de desemprego atingido, do encerramento de pequenas empresas e pequenos comércio familiares, das reduções (os vulgarmente denominados “cortes”) nos salários e vencimentos das pessoas que exercem funções no “sector público” e do “enorme aumento de impostos”⁹, tudo isto provocou uma acentuada perda de rendimentos por parte das famílias.

Nestas circunstâncias, de mais consumo e menos poupança, a capacidade financeira de muitas famílias portuguesas estava demasiado debilitada para absorver o impacto das perdas de rendimento em consequência das crises financeira e económica e das medidas subsequentes pelo que, naturalmente, não aguentaram esse impacto. Daí resultou o sobreendividamento de muitas famílias, que se viram a braços com uma incapacidade estrutural de cumprir os compromissos resultantes dos créditos contraídos.

A relação muito estreita entre a aquisição de habitação própria e o endividamento das famílias está também diagnosticada e constatada.

Segundo o Inquérito à Situação Financeira das Famílias, 2010, elaborado pelo BP e INE “quase 40% das famílias estão endividadas, sendo que cerca de 25% das famílias têm hipotecas sobre a sua residência principal”, aspecto que é ainda mais relevante se considerarmos que “a dívida hipotecária associada à residência principal tem um peso dominante na dívida das famílias (cerca de 80%)” e que “os activos reais representam cerca de 88% do valor do total dos activos das famílias, sendo que mais de metade do valor dos activos reais é constituída pelo valor da residência principal”¹⁰. Um outro dado deste inquérito é a constatação de que a percentagem de famílias em que a taxa de esforço (enquanto rácio entre o serviço da dívida e o rendimento) é superior a 40% (valor geralmente considerado como crítico), “é de cerca de 13%”. Acresce que esta realidade é mais frequente nas famílias de menores rendimentos, já que “quase 60% das famílias endividadas da classe mais baixa de rendimento têm rácios de serviço da dívida superiores àquele valor”.

Neste contexto ou cenário de crise económica importa, ainda que de uma forma breve e esquemática, tomar em consideração os seus reflexos no

⁹ A classificação de “enorme” é do próprio Ministro das Finanças à época, como nos dá conta o jornal Público-Economia, acessível em <http://www.publico.pt/economia/noticia/as-medidas-de-vitor-gaspar-para-cumprir-o-d-1565741>

¹⁰ Relatório acessível em http://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Publicacoes/ISFFamilias/Publicacoes/isff_2010_p.pdf, págs. 1, 5, 11 e 16.

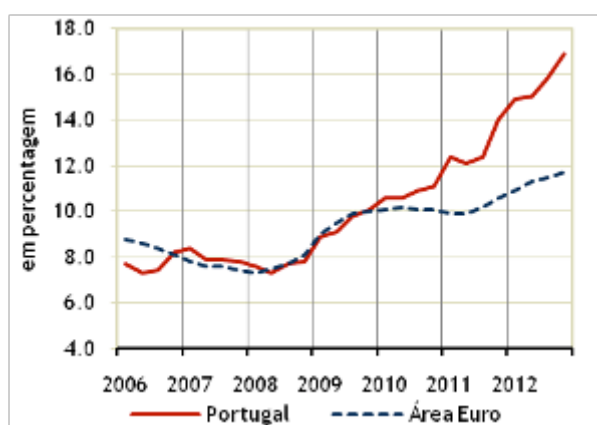
desemprego associado, factor este da maior relevância, quer como causa subjacente ao endividamento, quer como factor gerador de uma incapacidade dos desempregados saírem das situações de sobreendividamento.

Os números do desemprego em Portugal têm aumentado de uma forma dramática nos últimos anos.

De uma taxa de desemprego média de 7,7% em finais de 2006, com 427 800 desempregados, passámos para uma taxa de 16,9% em finais de 2012 (um aumento de mais de 100%) com um número de desempregados que ronda um milhão de pessoas (923 200)¹¹. Para adensar este drama, não se vislumbra um fim para esta espiral de subida do desemprego pois o próprio Ministro das Finanças já veio admitir que em 2013 o desemprego médio deverá atingir o valor de 18,5%, com uma previsão de ficarem desempregados este ano mais 156 400 portugueses¹².

Os gráficos têm a vantagem de nos permitir fazer saltar à vista, de uma forma mais impressionante, aquilo que às vezes as palavras não conseguem fazer ressaltar de forma tão nítida. Por isso aqui se deixa, em gráfico, a evolução da estatística do desemprego de 2006 a 2012 (Gráfico 1).

Gráfico 1: Evolução da taxa de desemprego de 2006 a 2012 em Portugal



Fonte: BP em <http://www.bportugal.pt/pt-PT/grafIndEconomicos/Paginas/GrafTxDesemprego.aspx>

Nestas circunstâncias seria inevitável, como foi, que as consequências desta realidade económica e social, ou seja, que o drama das famílias sobreendividadas, se projectasse na actividade dos tribunais. Daí que tenhamos vindo a assistir a um aumento sistemático do número de processos de execução pendentes nos tribunais portugueses e a um aumento exponencial de processos

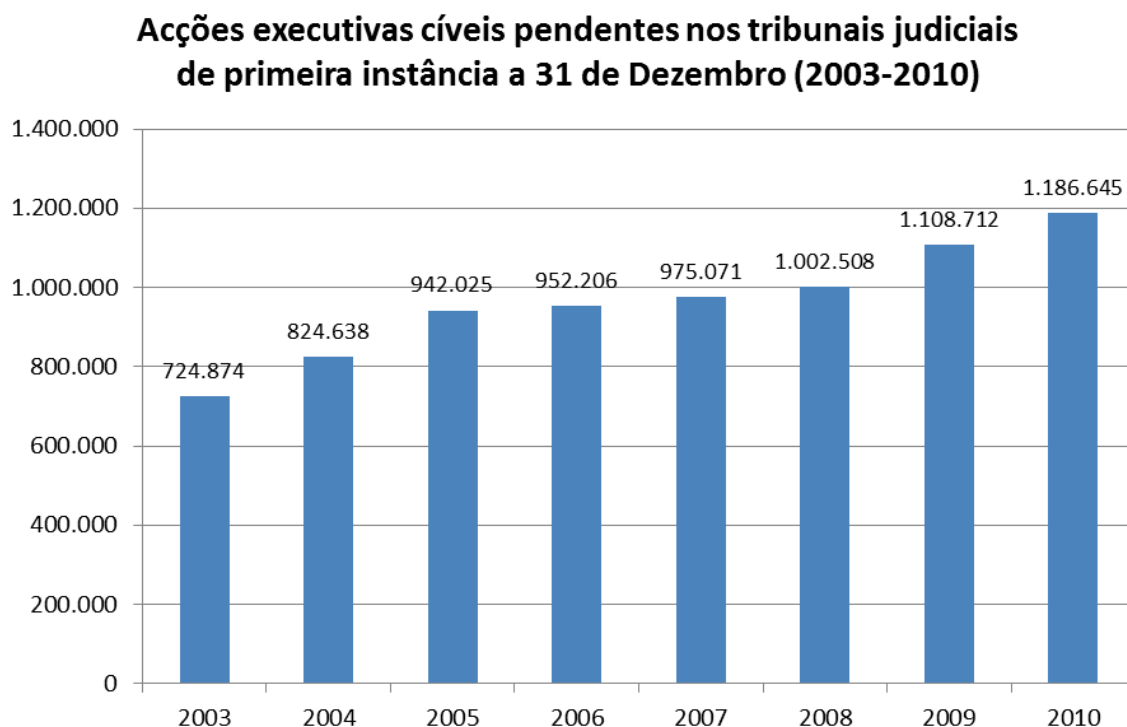
¹¹ Dados divulgados pelo INE e acessíveis em www.ine.pt

¹² Isto sem considerar a real dimensão do problema pois “fora desta estatística estão os subempregados e os desencorajados” e, a incluirmos esses dois grupos nas estatísticas do último trimestre de 2012, fazendo fé no Jornal de Negócios de 15.03.2013, isso “faria disparar a taxa de desemprego de 16,9% para 26%”- http://www.jornaldenegocios.pt/economia/emprego/detalhe/mais_160_mil_portugueses_desempregados_em_2013.html

de insolvência de pessoas singulares, como as estatísticas o confirmam, pese embora algumas tentativas para combater esse fenómeno.¹³

A pendência das acções executivas que, segundo o Relatório de levantamento e análise de processos pendentes em atraso”, de Setembro de 2011, da Direcção-Geral de Política da Justiça (DJPJ)¹⁴, se situava, em finais de 2003 (ano da inovadora reformada operada pelo DL 38/2003 de 08.03) em 724 874, já ultrapassava o milhão de processos em finais de 2010 (mais concretamente 1 186 390 – cfr. Gráfico 2) e, nos anos de 2011 e 2012, a tendência terá sido no sentido do agravamento destes números, considerando o aumento exponencial do número de devedores inscritos na Lista Pública de Execuções.¹⁵

Gráfico 2: Acções executivas cíveis pendentes nos tribunais judiciais de 1ª instância a 31 de Dezembro (2003-2010)



Fonte: DGPI em http://www.siej.dgpi.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_633918141195530467

¹³ A título de exemplo, as sucessivas medidas para combater as pendências processuais, como o DL 250/2007 de 29.06 (medidas urgentes para reduzir as pendências processuais), ou as alterações legais quer ao regime da acção executiva (DL 226/2008 de 20.11), quer ao regime do processo de insolvência (DL nº 16/2012 de 20.04).

¹⁴ Acessível em

http://www.siej.dgpi.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_633918141195530467

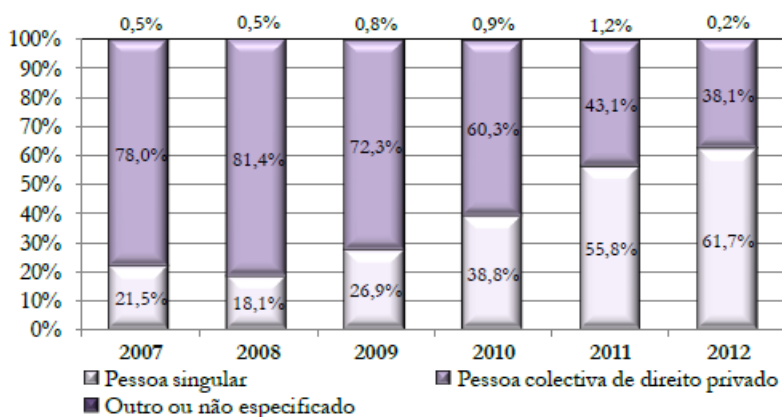
¹⁵ O número de registos na Lista Pública de Execuções “aumentou 84% nos últimos 12 meses”, segundo relata o Publico de 02.03.2013 (acessível em <http://www.publico.pt/economia/noticia/lista-negra-de-devedores-sobe-84-e-ja-passa-os-43-mil-casos-1586365>) e, se nessa altura contava com mais de 43 mil registos, hoje mesmo (22.08.13) já aí se encontravam inscritos 58 533 devedores (cfr. <http://www.citius.mj.pt/Portal/Execucoes/ListaPublicaExecucoes.aspx>)

Quanto ao número de processos de insolvência, respeitantes a pessoas singulares, se durante alguns anos eles se mantiveram sem grandes alterações, os últimos tempos¹⁶ vêm apenas confirmar o agravamento acentuado das condições financeiras das famílias.

Assim é natural que o Destaque Estatístico Trimestral de Janeiro de 2013 da DGPJ dê conta de “um aumento na comparação homóloga do terceiro trimestre de 2007 com o terceiro trimestre de 2012, do peso das pessoas singulares no total de processos (passando de 21,5% para 61,7%, ou seja, quase uma triplicação do peso). ... No terceiro trimestre de 2012 e face ao terceiro trimestre de 2011 registou-se um aumento de cerca de 6,0 pontos percentuais na proporção de pessoas singulares declaradas insolventes”¹⁷. O gráfico seguinte procura tornar esta realidade evidente.

Gráfico 3: Insolvências decretadas nos tribunais judiciais de 1ª instância, no 3º trimestre dos anos de 2007 a 2012

Figura 5 - Tipo de pessoa envolvida nas insolvências decretadas nos tribunais judiciais de 1ª instância, 3º trimestre



Fonte: DGPJ, acessível em http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634976740028281250

Considerando a relação muito estreita, acima evidenciada, entre aquisição de habitação própria e endividamento das famílias seria inevitável que, no contexto das consequências do desemprego e perda de rendimentos associados à crise financeira e económica, o sobreendividamento das famílias e a consequente incapacidade de solver os seus compromissos viesse a causar este aumento exponencial dos processos de execução e de insolvência. Com todas as consequências inerentes especialmente, na sequência de penhora/apreensão e

¹⁶ O Jornal Público de 05.03.2013 dá conta de que em 2012 o nº de processos desta natureza entrados nos tribunais portugueses, apenas respeitante a pessoas singulares, cifrou-se em 12 545, o que não foi possível confirmar nas estatísticas da DGPJ, quanto a todo o ano de 2012.

¹⁷ Estatísticas trimestrais sobre processos de falência, insolvência e recuperação de empresas (2007-2012), acessível em http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634976740028281250

posterior venda, a perda da habitação por parte daquelas famílias, gerando-se assim verdadeiros dramas humanos.

*

3. O contexto da aquisição de habitação própria pelas famílias portuguesas

Justifica-se aqui, creio, ainda que de uma forma breve, deixar boa nota de que esta opção de aquisição de casa própria, por parte das famílias portuguesas, não resultou de uma qualquer atitude “burguesa” de quererem ser “proprietários”, mas antes a satisfação de uma necessidade básica de dispor de uma habitação.

Com efeito, ao longo de décadas foram desenvolvidas políticas públicas de incentivos à aquisição de habitação própria, justificadas pela inexistência ou pouco dinamismo do mercado de arrendamento, em face duma opção, também política, de não permitir a actualização das rendas no arrendamento urbano para habitação ou de restringir, significativamente, essa actualização.

Encontramos na Resolução do Conselho de Ministros de 24.02.1976 as origens mais remotas da criação de um sistema de financiamento para aquisição ou construção de habitação própria, em condições especialmente favoráveis estabelecidas em função dos rendimentos das famílias.

Depois o DL 515/77, de 14.12, veio rever aquele sistema de incentivos à aquisição ou construção de habitação própria, que pode resumidamente caracterizar-se da seguinte forma: existência de uma bonificação, sob a forma de dedução, à taxa de juro contratual, suportada pelo Estado, pelo Banco de Portugal e pelas instituições de crédito; estabelecimento de percentagens máximas do empréstimo em função do valor da habitação, a variar entre 85% e 95%; fixação de prazo máximo do empréstimo a variar entre 21 e 25 anos.

O DL 435/80 de 02.10, que se lhe seguiu e o substituiu integralmente, veio “introduzir modificações tendentes à redução desse esforço financeiro inicial”, através da “admissibilidade de prazos mais dilatados para os empréstimos” e “aplicação de uma taxa de crescimento no valor das prestações (método das prestações crescentes)”, para que “as famílias de mais baixos recursos” pudessem aceder ao crédito, como expressamente se anuncia no preâmbulo do diploma legal em causa.

Três anos decorridos, esta política pública foi reforçada através do DL 459/83 de 30.12¹⁸, assumido expressamente como “um novo regime de crédito”, que “retém as virtualidades dos anteriores” e introduz alterações em função dos “novos condicionalismos” (cfr. preâmbulo do diploma em causa). Aquela política pública reforçada foi ainda enquadrada em preocupações, anunciadas no preâmbulo do diploma, de minorar a “degradação do património habitacional do País”, mediante uma “flexibilidade dos esquemas das prestações, tornando mais

¹⁸ Curiosa, comparando com a realidade económica actual, é a circunstância deste diploma ter sido aprovado numa “situação macro-económica recessiva”, caracterizada além do mais por “altas taxas de inflação e de juro”, como se refere no preâmbulo do DL 328-B/86 de 30.09, que o veio substituir.

comportáveis ... os encargos com os empréstimos nos primeiros anos de vigência” e abrindo o sistema a “casais jovens”, através da alteração dos critérios dos subsídios ou bonificações do rendimento *per capita* para o rendimento anual bruto.

Sucessivos diplomas posteriores, até ao actual, o DL 349/98 de 11.11 (objecto de sucessivas alterações, a última das quais pela Lei 59/2012, abaixo analisada), vieram manter e até reforçar estas políticas públicas de incentivo à aquisição e construção de habitação própria, incluindo o “financiamento intercalar à aquisição de terrenos para esse efeito” (cfr. preâmbulo do DL 328-B/86 de 30.09) como uma forma de incentivo à construção de habitação própria.

Estas políticas públicas, que perduraram durante décadas e foram sistematicamente reforçadas, incentivando a aquisição e construção de habitação própria pelas famílias, só vieram a ser colocadas em causa no recente cenário de crise, por exigência dos credores internacionais¹⁹.

*

4. O direito à habitação como direito fundamental, com consagração constitucional e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana

4.1. A questão em face dos textos legais, internacionais e nacionais

Procurarei aqui analisar em que medida é que os textos legais, quer internacionais quer nacionais, nos permitem ajudar na densificação do direito à habitação como um direito fundamental, um direito com um conteúdo efectivo e não apenas como ideia ou propósito programático, e procurar ainda justificar tal direito à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.48, não é apenas uma proclamação ou a resolução 217-A (III) adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, mas antes um instrumento jurídico vinculante. Desde logo para os Estados-Partes, e deve ser encarada não só como um marco essencial na afirmação e salvaguarda dos direitos humanos mas também como uma fonte de inspiração nos esforços destinados a promover e proteger os direitos humanos. Por outro lado, não devemos nunca olvidar o contexto em que tal Declaração foi adoptada (sem qualquer voto contra, faça-se notar), ou seja, a seguir ao fim da II Guerra Mundial, com a consciência de que “o

¹⁹ O Diário Económico de 20.04.2011 dá nota dessas exigências, ainda no cenário pós-chumbo do designado PEC IV, em que é traçada a receita de terminar com o fim das deduções fiscais nos novos créditos à habitação (depois reforçado, nos Orçamentos para 2012 e 2013, com aplicação aos créditos já existentes a partir de certo valor e diminuição dessas deduções fiscais) e, em contraponto, “impor a Portugal o ressurgimento da aposta no arrendamento” – acessível em http://economico.sapo.pt/noticias/fmi-vai-forcar-ressurgimento-da-aposta-no-arrendamento_116383.html.

Não deixa de ser curioso, para não dizer irónico, que é precisamente no contexto actual de profunda crise económica e social que se decide fazer a opção política de dinamizar esse mercado de arrendamento, através da Lei 31/2012 de 14.08, com ampla flexibilização dos contratos de arrendamento para habitação, nomeadamente quanto ao período de duração do arrendamento, à possibilidade de não renovação e a aumentos de renda significativos.

desconhecimento e desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade...”²⁰.

Nestas circunstâncias creio que é da maior relevância valorar o facto de se ter consagrado naquela Declaração que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade” (art.º 1º) e que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família ... o bem-estar, ... quanto ... ao alojamento...” (art.º 25º nº 1), o que implicará que “todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade... se esforcem ... por desenvolver o respeito desses direitos ... e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional ... o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos...”, como se enuncia na parte proclamatória desta Declaração.

Ainda a nível internacional é de salientar que os Estados-Partes²¹ do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adoptado pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 16.12.66, depois de no preâmbulo deste pacto terem considerado que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, consagraram no art.º 11º, § 1º o reconhecimento do “direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive ...moradia adequada” e estabeleceram o dever, para os Estados subscritores do Pacto, de tomarem as “medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito”.

No espaço europeu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia veio estabelecer que, com vista a “lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito ...a uma ajuda à habitação destinada a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes...” (art.º 34º nº 3).

Por outro lado, no direito interno, é da máxima relevância notar que a República Portuguesa é “baseada na dignidade da pessoa humana” - art.º 1º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Outrossim estabelece-se neste texto fundamental do nosso ordenamento jurídico que “Todos têm o direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”- cfr. nº 1 do art.º 65º - enunciando-se nos nºs 2 e 3 deste preceito os deveres que incumbem ao Estado para assegurar tal direito, mormente o dever de adoptar políticas tendentes a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar, como também “de acesso à habitação própria”.

Em anotação a este preceito Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007:835) qualificam-no não “apenas [como] um direito individual mas também um direito das famílias”, como “uma garantia do direito à intimidade da vida privada e

²⁰ Cfr. o considerando nº 2 do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

²¹ Entre os quais Portugal, que ratificou este Pacto através da Lei 45/78 de 11.07.

familiar” e que “engloba um direito aos equipamentos sociais adequados – água, saneamento, electricidade, transportes e demais equipamento social (...) que permitam a sua fruição”.

Ainda no domínio constitucional, com recurso ao elemento de interpretação sistemático, creio que não suscitará reservas a qualificação do direito à habitação como um direito fundamental, considerando a sua integração no Título III, que trata dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, do Capítulo I, sob a epígrafe “Direitos e deveres fundamentais”.

Consequentemente, por força da conjugação dos art.ºs 17º e 18º da CRP, o preceito que consagra o direito à habitação é directamente aplicável, vinculando entidades públicas e privadas, ainda que em termos que terão de ser aferidos ou concretizados de forma específica, em cada situação particular.

Creio assim, em face dos textos legais internacionais e nacionais analisados, que é possível concluir que o direito à habitação é um direito fundamental, com consagração constitucional, com um conteúdo efectivo e prático, não apenas programático, ainda que não um direito absoluto, o que implica na sua concretização prática a ponderação de outros valores incluindo a designada “reserva do possível” (Canotilho, 1991:478). O direito à habitação encontra também fundamento ou amparo à luz dos instrumentos internacionais que consagram os direitos humanos e os direitos sociais, máxime considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, como infra melhor se procurará justificar.

*

4.2. O direito à habitação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana não servirá de amparo para justificar o direito à habitação como um direito fundamental efectivo e não apenas e tão só como um mero direito social de conteúdo programático? O valor da dignidade da pessoa humana implica uma concretização ou conteúdo efectivo e prático do direito à habitação? Na afirmativa, qual deve ser esse conteúdo?

As respostas às questões atrás enunciadas são da maior relevância para enquadrarmos uma resposta à problemática com que hoje nos defrontamos na sociedade portuguesa, ou seja, a ocorrência de uma gravíssima crise económica e social, com raízes financeiras, por virtude da qual muitas famílias se vêem privadas da sua habitação, na sequência de processos de execução e de insolvência²².

As raízes históricas e filosóficas da ideia da dignidade da pessoa humana são antigas, sendo situadas tanto no pensamento da antiguidade clássica como no ideário cristão²³ e têm tido desde então toda uma longa evolução histórica.

²² Claro que este fenómeno não podia deixar de se repercutir precisamente no país onde a crise começou, os EUA. Segundo Patric Bonanza (2009:38), na “Califórnia, só no decurso do primeiro trimestre de 2008, eram penhoradas todos os dias 500 casas”.

²³ Para uma análise dessa perspectiva cfr. Ghabriel, 2003: 17-33.

Essa evolução, ainda assim, não permite afirmar que foram superadas as dificuldades de lhe precisar os seus contornos e características. O que é motivo para encararmos o desafio de procurar densificar este conceito, com vista a que o mesmo “não subsista apenas enquanto «ideia» ou puro ideal abstracto” devendo antes ser objecto de uma concretização, “de forma a ser possível a sua mobilização em concreto”, ou seja, de forma a poder ser invocado como norma jurídica fundamental e com conteúdo prático efectivo (Gomes, 2009: 26).

A dignidade é um valor ou qualidade moral inerente à pessoa humana e todo o Homem precisa de um mínimo de condições para o desenvolvimento da sua personalidade, quiçá mesmo para se realizar enquanto Ser. Sem essas condições mínimas, o Homem não tem possibilidades de ter e viver uma vida digna. Por outro lado, não há Homens mais dignos ou menos dignos, enquanto seres humanos, pois todos os Homens são iguais em termos de dignidade.

Estas são afirmações que diríamos naturais, nas sociedades evoluídas e democráticas, e qualquer um de nós, enquanto pessoa, não se vê a si próprio sem ser dessa forma, ou seja, enquanto ser humano, merecedor do respeito à sua dignidade por parte dos outros seres e respeitador da dignidade do próximo.

Porém, a realidade com que nos defrontamos, no dia-a-dia, é a de muitas pessoas que estão em situação de verdadeira indignidade, por não possuírem um mínimo de condições para viver e, muito menos, para se realizarem enquanto Homens. Não é preciso um grande esforço para qualquer um de nós relembrar imagens, vistas pessoalmente ou através dos meios de comunicação social, de cidades com centenas de “sem-abrigo”, dormindo nas ruas ou debaixo de qualquer local, seja vão de escada ou ponte²⁴. Que condições têm estas pessoas para manter a sua dignidade humana? Parece linear a resposta que não têm condições nenhuma e o grave é que começam a ser vistas precisamente sem qualquer dignidade²⁵ ou, pior que isso, a serem consideradas “ilegais”²⁶.

Quando, na verdade, “cada pessoa só pelo facto de o ser, é merecedora do máximo respeito e protecções sociais, sobretudo em contextos que tornam evidente a fragilidade da condição humana” (Almeida, 2000:631).

Não podemos nem devemos permitir que aquela dura realidade, o ser, se sobreponha ao dever-ser. Este radica na ideia de que é uma exigência da dignidade da pessoa humana poder usufruir de uma habitação, um espaço que lhe permita condições mínimas de privacidade, higiene, conforto e segurança. No fundo trata-se de entender a habitação com o seu valor de bem primário e

²⁴ Segundo a vereadora do Desenvolvimento Social da Câmara Municipal de Lisboa, Helena Roseta, a população sem abrigo em Lisboa ultrapassa as duas mil pessoas – cfr. Diário de Notícias de 26.05.2013.

²⁵ Sintomático e elucidativo disso mesmo, no local mais inadequado e pela personagem mais imprópria, foi a defesa que um advogado espanhol fez em tribunal, em relação a dois clientes seus, objecto de julgamento sob acusação de terem participado num espancamento de um mendigo, a quem provocaram danos físicos gravíssimos, alegando que os “*sem-abrigo não são seres humanos. São cancos*” – v. Jornal *i* de 14.03.2013

²⁶ A recente reforma constitucional na Hungria determinou que «os sem-abrigo passam a ficar “ilegalizados”, incorrendo qualquer pessoa que durma na rua em pena de multa, trabalho forçado como forma de “compensação” ou prisão» - cfr. <http://www.ionline.pt/mundo/hungria-reforma-constitucional-assina-fim-da-democracia>

essencial à vida humana. Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode deixar de ser considerado como um valor essencial de qualquer ordem jurídica que coloque a justiça como valor fundamental, por constituir um “critério de justiça mínimo e irreduzível” (Gomes, 2009:24), o que implica que o direito à habitação seja concretizado à luz daquele princípio e deste critério.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (1993:58): “a dignidade da pessoa humana fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – desde os direitos pessoais (direito à vida, à integridade física e moral, etc.), até aos direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores (direito à segurança no emprego, liberdade sindical, etc.) – mas também à organização económica (princípio da igualdade da riqueza e dos rendimentos)”.

Porque é aqui que, em boa verdade, radica o âmago da questão: a da efectividade ou da concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Continua actual a advertência de Marco António Silva (2009:228): “não há dúvida de que os direitos legalmente existem e são internacionalmente reconhecidos, mas o problema que se apresenta na actualidade refere-se à sua efectivação, que culmina na concretização da dignidade humana. Isso porque, para a maior parte da humanidade, direitos humanos é expressão sem conteúdo”.

Importa pois dar a devida atenção ao conteúdo e à concretização dos direitos sociais, fazendo jus ao apelo de Gomes Canotilho de os “levamos a sério” e não qualificar como simples “aleluia jurídico” o facto de as constituições os considerarem como “posições jurídicas ...fundamentais” (Canotilho, 1991:481).

*

4.3. Concretização do direito à habitação

Procuremos agora perceber o nível de concretização prático e efectivo do direito à habitação, assim estruturado, como princípio fundamental, com consagração constitucional e que encontra também amparo e fundamento à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não parece ser susceptível de grande contestação a afirmação de que a responsabilidade primária na concretização do direito à habitação assim caracterizado cabe aos poderes executivo e legislativo, como aliás decorre do texto constitucional, os assinalados n.ºs 2 e 3 do art.º 65.º. Não vou aqui e agora, por não ser o objecto essencial deste texto, analisar em que medida é que as directrizes aí estabelecidas, quer de política de habitação e ordenamento geral do território, quer de construção de habitações económicas e sociais, quer ainda de subordinação ao interesse geral do estímulo à construção privada e de incentivo e apoio às iniciativas das comunidades locais, bem como de fomento da criação de cooperativas de habitação e autoconstrução, têm sido concretizadas – ou não

– pelo poder executivo e legislativo, com vista à efectivação do direito à habitação.

No âmbito do item subsequente aí sim procurarei analisar a questão de saber em que medida é que uma adequada protecção da casa de morada de família pode justificar uma outra abordagem ou “respostas” diversas, por parte daqueles poderes públicos, nomeadamente a nível legislativo, em face da realidade social actual, de sobreendividamento das famílias.

Porém, como sabemos, ainda que os direitos tenham consagração legislativa, isso não é suficiente para a sua efectivação prática. Esta realiza-se ou concretiza-se, quando os direitos são questionados ou colocados em causa, nos tribunais. Cabe pois ao poder judicial, ainda que como instância mediata ou secundária, responsabilidades nesta matéria. O qual não pode assim deixar de ser visto e encarado e, acima de tudo, ele próprio assumir-se, como um pilar essencial de concretização prática e efectiva do conteúdo do direito à habitação.

Desde logo porque esse é um dever constitucionalmente cometido aos tribunais, o de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos ...” (art.º 202º n.º 2 da CRP). Como argutamente acentua Castanheira Neves, se queremos “proclamar o direito autónomo e realizá-lo incondicionalmente”, os tribunais não podem ceder “à funcionalização burocrática”, antes devem assumir-se como “responsáveis nucleares pela realização do Estado de direito”. No fundo, “basta-nos que levemos a sério o art.º 202º da nossa Constituição” (Neves, 2002: 74).

Mas também porque os cidadãos esperam e exigem, face aos poderes fácticos dos interesses económicos e financeiros e à incipiente resposta dos poderes públicos executivo e legislativo, incluindo das entidades reguladoras daqueles interesses que, em espaços de independência e imparcialidade, como são os espaços dos tribunais, ainda seja possível verem os seus direitos salvaguardados.

Na verdade, o “aumento dramático de litigação” que irá naturalmente ocorrer a partir do momento em que os direitos sociais e económicos sejam encarados como direitos e não meros “exercícios de benevolência” e, por isso, a “poderem ser exercidos independentemente das vicissitudes do ciclo económico”, não pode deixar de ser encarado adequadamente pelos tribunais, acabando com a tibieza de encurtar a distância entre a Constituição e o direito ordinário (Santos *et al*, 1996: 30, 37-38). Não tenhamos dúvidas que “num contexto de grandes vulnerabilidades sociais e económicas...os tribunais são chamados a desempenhar um papel central”. A sua eventual incapacidade de “responder a esse desafio”, além de levar a um aprofundamento da sua “deslegitimação social” e “irrelevância social e política”, aprofundará “a fragilização do Estado de direito” (Gomes, 2011: 108).

Vejamos pois em que medida é que o poder judicial tem contribuído para a densificação do direito à habitação.

Naturalmente que a forma como o direito à habitação deve ser conformado tem sido objecto de interpretação nos Tribunais, máxime por parte do Tribunal Constitucional (TC). Porém, essa interpretação tem-se debruçado sobre as questões da transmissão do direito ao arrendamento e do ónus do proprietário de aceitar essa transmissão, como limitação ao seu direito de uso e disposição da propriedade privada e não sobre a acção ou omissão do Estado com vista à concretização prática e efectiva do comando constitucional que consagra o direito à habitação, na sequência de interpelação directa dos cidadãos.

Ainda assim, ou seja, ainda que a propósito daquela dimensão e não desta, afigura-se-nos que ajuda, na actividade a que nos propusemos, de densificar o conceito do direito à habitação, deixar aqui nota da jurisprudência relevante do TC nesta matéria.

O Ac. 101/92 de 17.03.1992²⁷, depois de afirmar a dupla natureza do direito à habitação, tal como outros direitos sociais, enuncia que enquanto direito positivo o “direito à habitação consiste no direito de a obter, traduzindo-se na exigência das medidas e prestações estaduais adequadas a realizar tal objectivo. Neste sentido, constitui um verdadeiro e próprio «direito social», implicando enquanto tal determinadas obrigações positivas do Estado (n.os 2, 3 e 4 do artigo 65.º) que conferem àquele a natureza de direito positivo que justifica e legitima a pretensão do cidadão a determinadas prestações (...). Para logo de seguida enfatizar que essa dimensão é a “vertente mais significativa do direito à habitação enquanto «direito dos cidadãos às medidas e prestações estaduais adequadas à concretização do objectivo ali enunciado — o direito a obter uma habitação adequada e condigna à realização da condição humana, em termos de preservar a intimidade pessoal e a privacidade familiar”.

Por sua vez, nos Acs. 130/92 de 01.04.1992²⁸ e 131/92 da mesma data²⁹, o Tribunal teve oportunidade de afirmar que estamos “perante um direito cujo conteúdo não pode ser determinado ao nível das opções constitucionais, antes pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, e cuja efectividade está dependente da chamada “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen), em termos políticos, económicos e sociais”. E mais adiante foi claro: “O direito à habitação, como um direito social que é, quer seja entendido como um direito a uma prestação não vinculada, reconduzível a uma mera pretensão jurídica (...) ou, antes, como um autêntico direito subjectivo inerente ao espaço existencial do cidadão (...), não confere a este um direito imediato a uma prestação efectiva, já que não é directamente aplicável, nem exequível por si mesmo”.

Já quanto ao Ac. 496/97 de 02.07.1997³⁰, é da maior importância a doutrina que dele se extrai, quando aí expressamente se afirma que a

²⁷ Relator: Cons. Monteiro Diniz, acessível em

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920101.html>

²⁸ Relator: Cons. Alves Correia, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920132.html>

²⁹ Relator: Cons. Alves Correia, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920131.html>

³⁰ Relator: Cons. Messias Bento, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970486.html>

“necessidade de realização do direito à habitação, ao menos num grau mínimo, impõe-na a natureza própria desse direito: ele é, de facto, uma exigência da dignidade da pessoa humana, daquilo que a pessoa, ontologicamente, é: um ser livre, com direito a viver com dignidade. As apontadas restrições, sendo necessárias para a realização, em grau mínimo, do direito à habitação, não se traduzem em constringências excessivas dos direitos dos proprietários. É que, sobre a propriedade privada, chamada a colaborar na realização do bem comum, incide uma hipoteca social”. Esta mesma jurisprudência de fundar na “dignidade da pessoa humana” o direito à habitação e do apelo à “função social da propriedade” é reiterada no Ac. 420/2000 de 11.10.2000³¹.

Como acima se fez notar esta jurisprudência do TC tem subjacente uma perspectiva de análise do direito à habitação do arrendatário em confronto com o direito de propriedade do proprietário. Ainda assim creio que é possível retirar desta jurisprudência constitucional, quanto à questão da protecção da casa de morada da família, uma estreita relação entre o direito à habitação e o valor da dignidade da pessoa humana, encarando aquele direito como um efectivo direito, cujo conteúdo e concretização exigem uma actuação positiva do Estado.

Recentemente o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) também teve oportunidade de firmar jurisprudência, no Acórdão Uniformizador proferido em 22.05.2013, no recurso de revista nº 92/05.6TYVNG-M.P1.S1³², em que se denotam preocupações de “busca da justiça material” (v. nota de rodapé nº 24 desse aresto) com os adquirentes de habitação própria. Assim, num caso de graduação de créditos num processo de insolvência, o tribunal decidiu dar prevalência ao direito de crédito do promitente-comprador de uma habitação, beneficiário do direito de retenção, em confronto com o direito de crédito do credor mutuário, beneficiário de hipoteca. Para o efeito o STJ começou por invocar a razão legislativa subjacente ao diploma – DL 379/86 de 11.11 – que consagrou o direito de retenção naqueles termos, no art.º 755º nº 1 al. f) do Código Civil, com vista “a corrigir desequilíbrios e tomando em linha de conta os interesses e riscos em presença”, assim concedendo acrescida “protecção” dos particulares consumidores “no mercado da habitação”, por constituírem “a parte mais débil que por via de regra investem no imóvel as suas poupanças”. Acabando por argumentar que “a solução obtida encontra no contexto sócio-económico que vivemos premente actualidade” pois “o eclodir da crise económica que atravessamos, inesperada para a generalidade dos consumidores, trouxe consigo um elevado número de insolvências em que naturalmente se poderão surpreender questões desta natureza”, o que mais justifica “o entendimento adoptado”.

*

³¹ Relator: Cons. Messias Bento, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000420.html>

³² Relator Cons. Távora Vítor, ainda não publicado, na data final de elaboração deste texto (22.08.2013) nas bases de dados da DGSI ou STJ, nem no DR.

5. As “respostas” recentes que têm sido dadas à questão da protecção da casa de morada de família

5.1. O despoletar das “respostas”

Esta questão da protecção da casa de morada de família, no contexto actual de sobreendividamento das famílias, não mereceu a atenção dos poderes públicos, não obstante os sucessivos sinais de aumento dos níveis de desemprego e de aumento de entradas de processos de execução e de insolvência de pessoas singulares nos tribunais (como supra se deu conta), justificarem um vigoroso alerta da problemática e reclamarem respostas há bastante tempo.

Curiosamente, ou talvez não, foi apenas na sequência da ampla repercussão pública suscitada por uma decisão judicial, a propósito do direito de crédito invocado por um banco, em resultado de um mútuo hipotecário, que os poderes executivo e legislativo despertaram para esta problemática. Estamos a falar do despacho de 04.01.2012 do Tribunal Judicial de Portalegre³³, proferido num processo de inventário para partilha de bens, subsequente a um processo de divórcio, em que o tribunal não reconheceu o crédito nos termos pretendidos pelo banco, por entender que configurava um abuso de direito e uma consequência iníqua o banco pretender fazer valer nesse processo, como valor do imóvel para determinar o remanescente da dívida, o valor pelo qual ele (banco) o tinha adjudicado em venda judicial (€ 82 250,00), quando anteriormente o próprio banco tinha avaliado esse imóvel em € 117 500,00, precisamente para conceder um mútuo nesse montante.

Esta decisão, que aliás veio na sequência de outras no mesmo sentido, proferidas em Espanha, como a da Segunda Secção da Audiência Provincial de Navarra³⁴, despoletou um intenso debate social e político acerca da possibilidade de os mutuários de crédito à habitação poderem ver as dívidas resultantes desses mútuos serem consideradas extintas através da entrega das habitações aos bancos.

A imprensa reproduziu o eco desse debate social e é elucidativa a notícia do Diário Económico de 28.04.12³⁵, ao veicular que a decisão inédita do Tribunal de Portalegre podia ser aplicada a outros casos e ao transmitir a ideia que a “entrega de casa ao banco liquida empréstimo”. Nesta mesma notícia dava-se conta de que nos três primeiros meses de 2012 tinham sido entregues aos

³³ Esta decisão encontra-se acessível em <http://www.asjp.pt/2012/04/28/decisao-judicial-credito-hipotecario-entrega-de-imovel/>. Na sequência de recurso interposto o Ac. de 06.06.2013 do Tribunal da Relação de Évora (Relator Bernardo Domingos), proferido na apelação nº 377/08.TBPTG-C-E1 (não publicado nas bases de dados da DGSJ, pelo menos até 22.08.13, data em que efectuámos essa pesquisa), decidiu não conhecer do recurso, nesse segmento, por considerar que tal despacho teria transitado em julgado, dado não ter sido interposto recurso no prazo legal.

³⁴ Proferida a 17.12.2010 no Auto nº 111/2010 e na qual, a propósito do valor inferior do imóvel hoje no mercado, se tecem considerações críticas sobre a má gestão do sistema financeiro, de que foram protagonistas também as entidades bancárias, enquanto integrantes do mesmo, responsabilizando assim estas entidades pelos resultados desta grave crise económica, sem precedentes desde a Grande Depressão de 1929, que assola Espanha e grande parte do mundo.

³⁵ Acessível em http://economico.sapo.pt/noticias/tribunal-entrega-de-casa-ao-banco-liquida-emprestimo_143456.html

bancos 2300 imóveis, numa média de 25 imóveis entregues por dia, representando uma “subida de 74% em comparação com o mesmo período do ano passado”, o que levou o presidente da Associação dos Profissionais e Empresas de Mediação Imobiliária (AMEPIP) a chamar a atenção que isto era “mais um alerta” e a defender a “necessidade de os bancos agirem”.

No seguimento deste debate social o Governo e os grupos parlamentares na Assembleia da República (AR) acabaram por sair do seu imobilismo.

O Governo terá criado um grupo de trabalho³⁶ com o Banco de Portugal e a Associação Portuguesa de Bancos (APB) para “analisar este tipo de situações”, o qual começou a reunir em princípios de Maio de 2012, segundo dava conta o Diário Económico de 03.05.2012.

Também logo em Maio de 2012 o PSD anunciava uma iniciativa legislativa³⁷, com vista a criar um regime “extraordinário” e “temporário”, destinado a famílias com “menores recursos que estão a passar dificuldades com o desemprego ou com outra redução significativa do rendimento”, em que o banco ficaria “obrigado a reestruturar a dívida antes de poder executar a casa” e, nos casos de inviabilidade de reestruturação da dívida, “a família tem direito garantido à habitação”, mediante “soluções variáveis” a acordar entre o banco e os devedores. Daqui nascem os projectos de Lei n.ºs 237/XII/1^a e 238/XII/1^a³⁸

Igualmente o CDS (projecto de lei n.º 245/XII/1^a), o PS (projectos de lei n.ºs 222/XII/1^a e 224/XII/1^a), o BE, (projecto de lei n.º 248/XII/1^a) o PCP (projecto de lei n.º 243/XII/1^a) e o PEV (projecto de lei n.º 242/XII/1) apresentaram projectos de lei. Vários destes projectos propunham soluções comuns, como a moratória total ou parcial das prestações do mútuo, por um período até 24 meses no caso do BE e podendo ir até 4 anos no caso do PCP assim como, nos casos em que a moratória não fosse viável, propondo-se que a dação em cumprimento, com a entrega do imóvel ao banco, desse lugar à extinção total da dívida. O projecto de lei do PCP apresentava ainda propostas no domínio da “redução dos juros remuneratórios para uma taxa de Euribor mais 0,25% pelo período máximo de 48 meses”, a possibilidade de “perdão parcial da dívida, nos casos em que o empréstimo esteja na sua fase final e em que portanto a remuneração do banco foi já significativa”, bem como a proibição de penhoras em determinadas circunstâncias nomeadamente por “falta de pagamento do IMI” e por “incumprimento de outros créditos de valor claramente inferior e que não devem pôr em causa a casa de habitação”.

³⁶ Não obstante a pesquisa efectuada quer nos sites do Governo (Ministério das Finanças), quer nos sites do BP e da APB, não conseguimos o despacho ou outra decisão governamental que terão procedido à criação desse “grupo de trabalho”, assim designado pela imprensa, nem conseguimos confirmar se terá havido mesmo decisão formal ou se o “grupo de trabalho” terá sido meramente informal.

³⁷ V. <http://www.dinheirovivo.pt/Economia/Artigo/CIECO046868.html>

³⁸ Estes projectos de lei, como os demais a seguir citados, estão acessíveis em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37015>

Era nessa altura expectável que rapidamente fosse aprovada uma Lei sobre a matéria³⁹, tão elevada era a premência social e aparentemente grande o consenso político.

Estando já o processo legislativo em curso começaram então a ser tornadas públicas posições da APB e do BP sobre esta problemática.

Se da APB era de esperar a preocupação de defesa dos interesses dos seus associados (as entidades bancárias) numa manifestação legítima da “corporação bancária”, já da parte do BP, uma instituição pública, com funções, entre outras, de supervisão comportamental do sistema bancário e financeiro, a sua actuação - depois de nada ter feito para supervisionar a concessão do crédito da habitação, em montantes superiores aos valores reais dos imóveis e até para fins diferentes da aquisição dos mesmos (desde obras a férias e veículos) - é pouco compreensível atentos os interesses dos cidadãos e da sociedade, no seu conjunto. Com efeito, situando-se claramente na defesa dos interesses do sector bancário e financeiro, uma sua “equipa” não teve pejo de defender no Parlamento, como nos dá conta o Jornal de Negócios de 12.07.2012⁴⁰ | ⁴¹, que a entrega da casa deve ser “uma solução de último recurso”. O pretexto invocado era que isso podia levar “a um brutal aumento da oferta e a uma redução em espiral dos preços do imobiliário⁴²”, defendendo-se ainda, de uma maneira completamente irresponsável, a concessão de “um novo empréstimo”, com “segunda hipoteca”, para pagar o crédito inicial. Ou seja, indiferente ao sobreendividamento das famílias e à sua incapacidade para pagar as dívidas já contraídas, o BP nenhuma solução propõe quanto à renegociação do empréstimo inicial, nomeadamente quanto a prazos, taxas de juro e montante do *spread*, preocupando-se antes em encontrar soluções favoráveis à banca, nomeadamente através de “um novo empréstimo” e uma “segunda hipoteca”.

Os resultados destas intervenções da APB e do BP foram imediatos. Não só foi adiada a votação das várias propostas de lei, acima referidas, com o argumento de necessidade de maior ponderação, como a consequência desta aparente “maior ponderação” foi um recuo nas soluções mais favoráveis aos sobreendividados, constantes daqueles projectos de lei, incluindo dos projectos

³⁹ O Diário de Notícias (DN) na sua edição de 08.06.2012 dava conta de que “os deputados vão fazer um contrarelogio para tentar fechar o dossier antes de Julho quando começam as férias parlamentares”.

⁴⁰ Embora depois esta posição não conste de documento/comunicado no site do Banco de Portugal, segundo pesquisa efectuada em 27.06.2013.

⁴¹ Acessível em

http://www.jornaldenegocios.pt/mercados/detalhe/banco_de_portugal_soacute_aceita_entrega_de_casa_para_saldar_diacutevida_em_quotuacutelimo_recursoquot.html

⁴² Claro que foi isso que aconteceu, ainda que sem facilidades na “entrega da casa ao banco”, mas apenas e tão só porque os bancos assim quiseram, mais uma vez numa visão de procurar obter dinheiro de imediato, e porque assim lhes deixaram proceder, violando as regras da concorrência, pois passaram a fazer leilões dessas casas, a preços abaixo do preço médio de mercado, assegurando o financiamento a 100% do novo crédito contraído para adquirir a casa nessas circunstâncias, facilidade que não é possível, actualmente, para o normal consumidor que queira contrair um crédito à habitação. O despudor da violação dessas regras de concorrência foi ao ponto de isso ser dito publicamente, como se pode constatar acedendo a este site: <http://www.casaexpress.pt/pt/noticias/show/scripts/core.htm?p=noticias&f=show&lang=pt&idnoticia=10286>

apresentados pelos partidos maioritários na AR, PSD e CDS, tendo este último procedido inclusive à substituição do seu projecto de lei pelo projecto de lei nº 247/XII/1ª.

*

5.2. As “respostas” do poder legislativo

O resultado final de todo este processo legislativo foi, em suma, a aprovação, por parte do Governo, do DL 227/2012 de 25.10 e a aprovação pela AR das Leis nºs 58/2012 e 59/2012, ambas de 09.11, diplomas que têm como fonte inspiradora precisamente o sector bancário, considerando os desejos manifestados publicamente por este sector, de que atrás demos conta.

Com efeito, as “soluções” que vieram a ser consagradas nestes três últimos diplomas legislativos podem, em resumo, caracterizar-se nos seguintes termos:

a) DL 227/2012

Este diploma, que entrou em vigor em 01.01.2013, veio consagrar um conjunto de princípios gerais e obrigações genéricas e a sua preocupação centra-se em criar mecanismos de prevenção do incumprimento do crédito e em que sejam tomadas medidas para regularizar as situações de incumprimento.

A única abertura do diploma aos interesses dos “clientes bancários” está na previsão de uma “rede extrajudicial de apoio”, para “informar, aconselhar e acompanhar o cliente bancário”, em risco de incumprimento ou já em incumprimento, não prevendo soluções voltadas para a salvaguarda da habitação por parte das famílias. Na medida em que o acompanhamento previsto é limitado, atentas as restrições constantes do nº 4 do art.º 27º (não poder a instituição de apoio nomeadamente actuar junto das instituições de crédito aquando da renegociação das propostas, no âmbito do PARI⁴³ ou do PERSI⁴⁴), tal abertura irá revelar-se, na prática, de pouca vantagem ou interesse para os “clientes bancários”, como são tratados pelo diploma em causa, em regra famílias sobreendividadas, incapazes de solver os seus compromissos. Na verdade, estas pessoas ficarão entregues à sua sorte, pois não poderão ser ajudados, na prática e em termos efectivos, pelas entidades que se venham a inscrever naquela rede extrajudicial e não terão capacidade económica para contratar quem os possa ajudar na negociação com os bancos. Claro que, perante estas relações sociais profundamente desequilibradas, nomeadamente como reflexo das distintas posições económicas dos contraentes, as relações jurídicas daí resultantes só poderão reflectir essa mesma assimetria congénita.

Um bom exercício de confirmação da caracterização deste diploma, atrás realizada, poderá ser feito quando forem publicados os “dados estatísticos” e a “avaliação de execução”, previstos nos art.ºs 34º e 35º.

*

⁴³ Plano de Acção para o Risco de Incumprimento, previsto no art.º 11º do diploma em causa

⁴⁴ Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento, previsto no art.º 12º do diploma em causa.

b) Lei nº 59/2012

Esta Lei, que “cria salvaguardas para os mutuários de crédito à habitação e altera o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro”, entrou em vigor em 09.12.2012 e tem como único aspecto positivo a proibição de aumento de encargos com o crédito, nomeadamente *spreads*, nos casos de renegociação do contrato motivada por alguma das situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 28º-A, procurando assim evitar uma prática das entidades bancárias que nessas situações, máxime nos casos de divórcio, estava a aumentar e de forma acentuada o *spread* ao ex-cônjuge que ficava titular único do empréstimo, sob a invocação de um maior risco do crédito.

Quanto ao mais, este diploma não traz nenhuma “solução” efectiva para os incumpridores dos mútuos, em regra famílias sobreendividadas, não podendo considerar-se que constitua uma solução dessa natureza o “regime especial de garantias de empréstimo” previsto no art.º 23-A ora introduzido. Na verdade tal regime prevendo, além do mais, que “a venda executiva ou dação em cumprimento na sequência de incumprimento do empréstimo pelo mutuário exoneram integralmente o mutuário e extinguem as respectivas obrigações no âmbito do contrato de empréstimo independentemente do produto da venda executiva ou do valor atribuído ao imóvel para efeitos da dação em cumprimento ou negócio alternativo”, tem como pressuposto o “acordo” da entidade bancária. Ora, qual é o banco que dá o seu acordo a uma extinção das obrigações do mutuário nestes termos? Nenhum, claro. O que o legislador não podia desconhecer, pois o que estava socialmente subjacente à necessidade desta legislação era precisamente essa atitude dos bancos, como bem o demonstra o caso objecto de decisão no Tribunal Judicial de Portalegre.

*

c) Lei nº 58/2012

Não se pense, por outro lado, que com a L 58/2012, que “cria um regime extraordinário de protecção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil” tal desiderato, de protecção às famílias sobreendividadas, foi alcançado.

Na verdade, não falando sequer nos aspectos burocráticos que não ajudarão à sua aplicação (v.g. os documentos e formalidades exigidos nos art.ºs 6º e 8º), serão as apertadas condições ou requisitos de aplicabilidade de tal regime, os quais são cumulativos note-se (cfr. art.º 4º), que vão deixar de fora muitas das famílias sobreendividadas.

A começar pelo facto de o montante máximo do valor patrimonial tributário do imóvel, para poder ser objecto deste regime, não poder exceder entre € 90 000,00 e € 120 000,00, consoante o coeficiente de localização do imóvel. Ora, sabendo-se que este valor tributário foi actualizado pelas Finanças e, pelo contrário, o valor pelo qual as habitações foram adquiridas era em regra muito superior e tem vindo a depreciar-se, como é facto público e notório, sendo certo que os mútuos têm por base os valores de aquisição e não aquele

valor patrimonial, não será difícil perceber que muitos mútuos não se encaixarão naqueles valores e, por isso, não poderão ser objecto de aplicação deste regime.

Depois continua com a exigência, mais uma vez cumulativa, dos vários requisitos previstos nas als a) a e) do n.º 1 do art.º 5º para se considerar que um agregado familiar está “em situação económica muito difícil”. Basta que um dos mutuários não esteja desempregado, sendo certo que o conceito de desempregado é muito restrito, pois não abrange os que nunca estiveram empregados (v. n.º 2 do art.º 5º citado), ou em que a redução do rendimento anual bruto do agregado familiar não seja igual ou superior a 35 %, para não se encontrar preenchido o pressuposto da al. a) do n.º 1 do art.º 5º, o que inviabiliza a aplicabilidade do regime instituído por esta lei.

Mas se as famílias sobreendividadas conseguirem ultrapassar estas dificuldades e lhes for deferido, pela instituição de crédito (??? não é engano, é mesmo a instituição de crédito a proceder ao “deferimento” ou “indeferimento”⁴⁵ do “pedido de acesso ao regime estabelecido na presente lei” – cfr. art.º 8º n.º 3) o regime estabelecido nesta L 58/2012, não se pense que está ultrapassado o “Cabo das Tormentas” para tais famílias. Muito pelo contrário.

Com efeito, a forma como está delineada a aplicação das várias modalidades de medidas de protecção em caso de eventual execução da hipoteca sobre o imóvel, visa proteger não as famílias mas as entidades bancárias. Ou seja, os mutuários não têm possibilidade de escolher uma das três modalidades previstas no n.º 1 do art.º 7º [a) plano de reestruturação das dívidas emergentes do crédito à habitação; b) medidas complementares ao plano de reestruturação; c) medidas substitutivas da execução hipotecária], tendo a entidade bancária a prerrogativa de apresentar o plano previsto na al. a) do art.º 7º n.º 1 e, só quando o não apresente ou o mesmo se mostre inviável, é que se abre a possibilidade de negociação sobre as outras modalidades - cfr. art.ºs 10º, 19º e 20 da citada lei.

Por outro lado, salvo concordância do banco, as medidas substitutivas da execução hipotecária (art.ºs 20º a 27º) serão de aplicação subsidiária em relação às medidas de reestruturação da dívida (art.ºs 10º a 18º) sendo ainda certo que as medidas complementares ao plano de reestruturação (art.º 19º) são apenas de

⁴⁵ A terminologia usada (“deferimento”) merecia ser aprofundada, mas o objectivo deste texto não o permite, pelo que nos limitaremos a breves reflexões. Estaremos apenas perante um exemplo (mais um) do pouco rigor e qualidade do legislador na feitura das leis? Ou estaremos antes perante uma espécie de “delegação de competências” de prerrogativas do poder público numa entidade privada? Talvez não seja apenas má técnica legislativa porque, na verdade, parece inquestionável que o legislador terá pretendido criar com a presente lei um regime especial dos devedores em situação económica difícil, visando a protecção da habitação desses devedores e famílias. Nem se diga que se trata apenas de relações privadas entre mutuante e mutuários de um contrato de crédito, na livre disponibilidade das partes, pelo que aquele “deferimento” não seria mais do que o acordo do mutuante à pretensão do mutuário. Esta argumentação não é verdadeira pois não estão em causa simples interesses privados. Há no regime normativo criado, claramente, um interesse público que é incompatível com aquela espécie de “privatização”, atribuindo ao credor o controle de acesso ao regime legal instituído em benefício dos devedores. Assim, atribuindo a uma entidade privada o poder de verificação dos requisitos estabelecidos para acesso a um determinado regime legal, poder este que fica sem qualquer controle ou fiscalização, nem sequer recurso para uma entidade independente, o legislador parece reconhecer, implicitamente, a total submissão do devedor ao credor hipotecário, numa atitude típica duma perspectiva neoliberal que vai assim fazendo o seu caminho.

aplicação voluntária, uma vez que a sua adopção é facultativa para as instituições de crédito, mesmo que solicitadas pelo mutuário e ainda que o plano de reestruturação se mostre inviável (cfr. n.º 4 deste art.º 19º).

Por outro lado, considerando que o plano de reestruturação a apresentar pela instituição de crédito ao mutuário pode conter apenas como medida de reestruturação da dívida a “concessão de um empréstimo adicional autónomo destinado a suportar temporariamente o pagamento das prestações do crédito à habitação” (cfr. art.º 10º n.º 1) e que a dação em cumprimento do imóvel hipotecado ainda pode depender da “boa vontade” da instituição de crédito (cfr. art.º 16º n.º 2, conjugado com a al. b) do n.º 1 do art.º 20º), facilmente se percebe que o legislador não só não reconheceu igualdade aos contraentes na renegociação, como não os colocou na mesma posição para que pudessem ser conseguidos acordos equilibrados. E, muito menos, criou qualquer regime extraordinário de protecção de devedores de crédito à habitação, pese embora seja essa a designação formal da Lei 58/2012.

Acresce que o efeito das medidas substitutivas quanto à extinção da dívida também não foi delineado para proceder a um tratamento mais favorável do contraente mais frágil ou desfavorecido, o devedor, nem sequer procurou, pelo menos, colocar os contraentes em situação paritária. Foi concedida à instituição de crédito uma clara vantagem, já que o risco da desvalorização do imóvel recai integralmente sobre o mutuário. Não é só o facto de se exigir, para que a dação ou a venda ao FIIHA (Fundos de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional) extingam a dívida, que “a soma do valor da avaliação actual do imóvel, para efeito de dação [ou valor pago pelo FIIHA], e das quantias entregues a título de reembolso de capital” seja “pelo menos igual ao valor do capital inicialmente mutuado, acrescido das capitalizações que possam ter ocorrido” (art.º 23º n.º 1 als. a) e b), subalíneas i)) como, acima de tudo, é o facto de ser requisito também dessa extinção que “o valor de avaliação actual do imóvel” seja “igual ou superior ao capital que se encontre em dívida” (art.º 23º n.º 1 als. a) e b), subalíneas ii)).

*

5.3. Olhar retrospectivo sobre as “respostas” do poder legislativo

Olhando em retrospectiva para o processo legislativo e comparando as soluções que vieram a ser consagradas nesta L 58/2012 com os projectos legislativos, mesmo os do PSD e CDS (ou especialmente estes) e face às posições públicas do BP e da APB, está justificado o que acima afirmamos, ou seja, que o texto final das leis aprovadas acabou por ser mais uma forma de responder aos interesses dos bancos do que às necessidades das famílias sobreendividadas.

Para que não restem dúvidas atente-se que no projecto de lei n.º 238/XII/1ª do PSD se previa que o mutuário podia “optar pela dação em cumprimento”, o valor patrimonial tributário do imóvel hipotecado podia ir até aos “€ 250 000,00” e, acima de tudo, a dação em cumprimento exonerava o

mutuário e extinguiu as respectivas obrigações, assim como as garantias adicionais prestadas pelo próprio ou por terceiro, desde que “a soma do valor da avaliação do imóvel no momento do incumprimento do contrato e das quantias entregues a título de reembolso de capital” fosse “igual ou superior ao valor do capital inicialmente mutuado” (art.º 30º daquele projecto de lei).

Apesar de a composição da comissão de avaliação incumbida de avaliar os impactos da aplicação do regime constante da presente lei não ser de molde a criar grandes expectativas num trabalho suficientemente analítico e crítico, em função da origem dos seus membros (cfr. nº 2 do art.º 39º) não deixará de ser curioso poder ter acesso aos dados estatísticos, quando vierem a ser elaborados os relatórios, semestrais e global, previstos no art.º 39º desta Lei⁴⁶. Ainda quanto àquela composição não pode deixar de se salientar que é incompreensível que naquela comissão os “clientes bancários” (em rigor, consumidores) não tenham qualquer representação. Não havia ninguém melhor do que a Direcção Geral do Comércio, dependente de um Ministério do Governo, para os “representar”? Claro que qualquer associação de consumidores teria mais legitimidade e representatividade, mas essa não foi, claramente, a opção legislativa.

*

6. Que outras “respostas” poderiam ser dadas?

6.1. A questão

Decorre do que procurámos expor no item antecedente que não é expectável, em função das “respostas” adoptadas pelos poderes político e legislativo, que as famílias sobreendividadas possam vir a beneficiar de uma efectiva protecção quanto à casa de morada de família, no actual contexto de crise económica.

No entanto, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana justifica que se perspetive o direito à habitação como um direito fundamental, com um conteúdo efectivo e prático e não meramente como um direito social de conteúdo programático, cumpre procurar explorar outras “respostas” que poderiam ser dadas à problemática com que se defrontam hoje muitas famílias portuguesas sobreendividadas: a elevada probabilidade de perda da sua morada de família, na sequência de incumprimento dos contratos de mútuo celebrados com vista à sua aquisição e de posteriores processos judiciais, acções executivas ou insolvências.

É o que se irá fazer de seguida, procurando dar assim conteúdo efectivo e prático àquele direito, através de respostas no domínio quer do sistema político-legislativo quer do sistema judicial.

*

5.2. Outras “respostas” do poder político-legislativo

⁴⁶ A responsável do Gabinete de Apoio ao Sobreendividado da Associação de Defesa do Consumidor (Deco) não tem dúvidas em afirmar, desde já, que este regime extraordinário “abrange um número muito reduzido de pessoas” e que “os critérios de acesso ao regime extraordinário têm de ser revistos” – cfr. Jornal de Negócios de 28.05.2013

No domínio do poder político-legislativo é possível fazer muito mais do que está condensado nos diplomas aprovados em 2012 pelo Governo e pelo parlamento, os quais não respondem, minimamente, à consideração do direito à habitação como um direito fundamental com consagração constitucional.

Aliás, não deixa de ser curioso que a experiência comparada, que poderia ter servido de inspiração ao legislador português, foi completamente ignorada.

Estou a referir-me à Lei brasileira 8009/90 de 02.03 e à Lei grega 3869/2010 de 03.08. Ora, tal experiência é tanto mais valiosa quanto foi adoptada em situações de contexto social e económico com similitudes com o que se vive actualmente em Portugal, sendo isso óbvio quanto à Grécia e convindo recordar que o Brasil, nos finais da década de 80/princípios da década de 90, saía de um período de resgate e intervenção do FMI, com um forte endividamento externo, estagnação económica e altos níveis de inflação (época que ficou conhecida no Brasil como a década perdida do ponto de vista económico, do crescimento e do desenvolvimento). Acresce que tais experiências comparadas não revelam na sua aplicação aspectos negativos, que se conheçam, sendo certo que, no caso do Brasil, a lei tem suficiente tempo de aplicação para os resultados não se poderem ignorar.

*

a) A Lei brasileira n.º 8009/90 de 02.03

A Lei brasileira n.º 8009/90, que “dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família”, é considerada uma lei de valor constitucional por força da conjugação do estatuído no § 3.º do inciso LXXVIII do art.º 5^o⁴⁷ com a consagração da “moradia” como um “direito social” (art.º 6.º, este e o anterior, da Constituição da República Federativa do Brasil) e pode caracterizar-se, em breve súmula, pelos seguintes aspectos:

- a impenhorabilidade do imóvel que constitua a residência do casal ou da entidade familiar, o qual não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo as excepções previstas na lei;

- essas excepções estão consagradas no art.º 3.º da lei e abrangem, além dos créditos dos trabalhadores, de pensões alimentícias e de impostos ou taxas relacionados com o imóvel, o “crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”;

Esta impenhorabilidade tem várias cláusulas de salvaguarda, destinadas a evitar uma utilização abusiva ou indevida. Assim, desde logo, considera como residência “um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente” e, se houver vários a serem utilizados como residência,

⁴⁷ Do seguinte teor: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

estabelece que “a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim” (art.º 5º), Mas também estabelece que não beneficiará desta lei “aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga” (art.º 4º).

*

b) A Lei grega nº 3869/2010 de 03.08

Quanto a esta lei não pode deixar de se fazer notar o facto, no mínimo curioso em comparação com o caso português, de a sua aprovação ocorrer numa altura em que a Grécia já tinha solicitado ajuda financeira e já estava sujeita ao auxílio externo da Troika. O âmbito e o limite deste texto não permitem realizar um trabalho tendente a perceber qual o impacto social destas medidas nas famílias gregas, o que seria extremamente interessante até em comparação com a realidade de Espanha e a onda de suicídios⁴⁸ aqui ocorrida, na sequência do aumento dos “despejos” em resultado das execuções hipotecárias, por parte dos bancos, na sequência de incumprimento dos contratos de crédito à habitação.

Voltando à Lei grega nº 3869/2010, podemos caracterizá-la, também em breve súmula, pela seguinte nota essencial: possibilidade concedida ao devedor de requerer ao tribunal que, no âmbito do processo de insolvência, a sua residência principal seja excluída da liquidação dos bens, podendo o tribunal deferir essa pretensão, ainda que impondo condições.

Essas condições reportam-se ao valor da propriedade, que não deve exceder o valor de aquisição de uma residência isenta de impostos⁴⁹, acrescido de 50% e, ainda, à imposição ao devedor de prover um montante de 85% do valor de mercado dessa propriedade, estimado pelo Tribunal, para satisfação dos créditos reclamados. Esse valor pode ser pago em prestações, num período coincidente com a duração do contrato de garantia do crédito, mas com o limite máximo de 20 anos, podendo também ser concedido um período de carência. Tal valor deve ser para pagamento prioritário dos credores titulares de garantias sobre a propriedade.

*

c) O poder político-legislativo português

Afigura-se-me que o legislador português se quiser dar acolhimento ao direito à habitação por forma a salvaguardar esse direito fundamental, em conformidade com o comando constitucional e os referidos instrumentos internacionais, sem penalizar de forma arbitrária ou especialmente gravosa o titular do direito de crédito hipotecário, deve adoptar uma legislação que consiga combinar os aspectos positivos das citadas leis brasileira e grega, conjugados

⁴⁸ O Jornal de Notícias de 09.11.2012 dava conta de que perante mais um suicídio de uma cidadã que se atirou do 4º andar que habitava, o Governo espanhol, “após vários meses sem reagir ao drama social que deixa na rua mais de 500 famílias por dia em Espanha” tinha reunido “para tentar evitar os despejos de pessoas carenciadas”.

⁴⁹ Apesar do trabalho de pesquisa efectuado não foi possível apurar qual é este valor em concreto.

com alguma virtualidade que não foi devidamente explorada na recente legislação portuguesa sobre a matéria, que atrás analisamos.

Essa legislação deveria caracterizar-se, a meu ver, pelos seguintes aspectos essenciais:

a) a “casa de morada de família” não deveria responder por qualquer tipo de dívida, devendo estabelecer-se a sua impenhorabilidade e insusceptibilidade de arresto ou apreensão, excepto quanto ao crédito concedido para a sua aquisição/construção, ainda que se considere que é de equacionar essa impenhorabilidade apenas para habitações até um determinado valor, por forma a que a salvaguarda da habitação corresponda ao necessário para assegurar este direito fundamental e não para assegurar o direito a uma habitação de luxo ou sumptuosa;

b) só um imóvel poderia ser considerado “casa de morada de família”, em regra o de menor valor, salvo se outro constasse do registo predial como destinado a esse fim. Para evitar fraude à lei deveria consagrar-se que esta excepção não seria aplicável a quem adquirisse habitação ou transferisse a sua habitação, fosse por permuta ou outro negócio jurídico, quando se encontrava já em situação prática de insolvência, a aferir, naturalmente, pelos critérios em face do regime legal de insolvência;

c) em situação de incumprimento, que não fosse devida a insolvência dolosa, e sem prejuízo da dação em cumprimento do imóvel hipotecado, o devedor deveria ter o direito potestativo a celebrar contrato de arrendamento com o credor hipotecário – ou com quem adquirisse o imóvel em processo judicial -, devendo prever-se um regime de arrendamento supletivo, caso não houvesse acordo entre as partes, incluindo nesse regime a determinação da renda por aplicação de critérios do mercado de arrendamento na zona geográfica do imóvel.

Desta forma creio que se acautelaria, de forma ajustada, o direito à habitação por parte das famílias que, no actual contexto de crise social e económica, se vêm em sério risco de perderem a sua morada de habitação o que, a somar aos efeitos da insolvência, as conduzirá primeiro à exclusão social e, depois, à procura de sobrevivência fora das regras formais e legais da economia de mercado. Com tudo o que isso tem de negativo, desde logo pela não salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana mas, também, mesmo numa perspectiva economicista, por potenciar uma economia paralela, geradora necessariamente de injustiça social.

Por outro lado, cremos que deve salientar-se que aquelas soluções não impõem, a nosso ver, um especial gravame ou penalização arbitrária ao credor hipotecário. Muito pelo contrário, considerando que o imóvel hipotecado só responderia pelo crédito concedido para a sua aquisição e/ou construção, o mesmo ficaria fora dos processos de insolvência das pessoas singulares ou processos de execução. Nem há razão para as entidades bancárias se queixarem de que assim lhes é imposto um arrendamento forçado. Com efeito, essa

possibilidade ou realidade do arrendamento só teriam de defrontar-se com ela se não fossem capazes de encontrar outra solução, através da renegociação do empréstimo ou da aceitação da dação em pagamento. Também desta forma se poderia lograr que as posições negociais do banco e do devedor fossem mais equilibradas, conseguindo-se por essa via soluções mais ajustadas e que repartissem de uma forma equitativa os riscos do negócio subjacente, quer da desvalorização do imóvel adquirido e hipotecado, quer da perda de capacidade económica para satisfazer o mútuo por parte do devedor, na sequência da actual crise económica, cuja origem essencial é financeira e a que o sistema bancário não é alheio, muito pelo contrário.

*

6.3. Outras “respostas” do poder judicial

No âmbito do sistema de justiça e com vista também a acautelar ou salvaguardar o direito à habitação de acordo com os comandos constitucionais, nomeadamente à luz do direito à habitação como um direito fundamental, com conteúdo efectivo e prático, também se me afigura que é possível fazer mais.

Desde logo quanto às questões que são colocadas aos tribunais.

Com efeito, na medida em que estas questões são suscitadas em termos civilísticos, no domínio do direito dos contratos, a dirimir no âmbito processual civil e como neste vigora o princípio do dispositivo - nos termos do qual o tribunal só actua por impulso ou a pedido das partes e não pode condenar para além ou em objecto diverso do que for peticionado (art.ºs 3º e 661º, ambos do Código de Processo Civil ainda em vigor; cfr. art.ºs 3º e 609º do CPC aprovado pela Lei nº 41/2013 de 26.06, a entrar em vigor em 01.09.2013) -, é fulcral que os factos relevantes que possam ser integradores de vícios do negócio, de cláusulas abusivas ou susceptíveis de permitir a aplicação de princípios gerais de direito que restabeçam o equilíbrio contratual, sejam alegados pelos advogados, nos processos judiciais em que representam os cidadãos sobreendividados. As questões de direito pertinentes à devida consideração do direito à habitação já serão de conhecimento oficioso, pois aí o tribunal não está limitado à alegação das partes (art.º 664º do CPC ainda em vigor e art.º 5º do CPC de 2013), mas sem aqueles factos dificilmente estas podem ser conhecidas e decididas.

Mas também quanto ao modo como os tribunais encaram estas questões.

Não pode perder-se de vista que os efeitos das decisões dos tribunais passaram a ser “o verdadeiro critério da avaliação do desempenho judicial” e, assim, factor importante para a afirmação da sua legitimação. Pelo que, sob pena de se deslegitimarem pela sua própria actuação e tornarem-se socialmente irrelevantes, os tribunais não podem deixar de encarar de frente a questão do exercício efectivo dos direitos sociais, considerando a sua consagração constitucional, pese embora essa relação “política” entre a Constituição e o direito ordinário torne os tribunais mais expostos à crítica de terem uma actuação mais “política” (Santos *et al*, 1996:26).

Se for esse o preço a pagar para cumprir bem o essencial da função jurisdicional, ou seja, a realização da Justiça, o que ainda é mais premente nos tempos presentes, de profunda crise económica e social, em que as desigualdades entre os litigantes se aprofunda, desde logo no acesso à justiça⁵⁰ e na capacidade de litigação, então será não um “custo” mas um bom “investimento” na legitimação dos tribunais.

Assim, não podem os tribunais deixar de analisar estes casos em que o direito à habitação seja colocado em causa como casos fracturantes da sociedade e não como meras questões de natureza económica. Ou seja, sob o prisma ou enfoque de que não estão em causa e em confronto apenas direitos patrimoniais, apenas conflitos individuais, mas percepcionando o conflito social subjacente e que, assim, estão em causa direitos pessoais, como direitos fundamentais, com dignidade constitucional. Ou, sobretudo, ter em consideração que são estes direitos pessoais fundamentais, de uma vasta camada de pessoas, que estão em causa e que, no confronto entre uns e outros, devem salvaguardar-se sempre os direitos pessoais fundamentais, até onde isso não represente um sacrifício injusto e desproporcionado para os interesses patrimoniais.

Creio pois que o recurso que foi feito no citado despacho do Tribunal Judicial de Portalegre a institutos como o abuso de direito (art. 334º do CC), o enriquecimento sem causa (art.º 473º do CC) e à ponderação das consequências iníquas, em termos substantivos, a que daria lugar a solução pretendida pelo credor bancário, é algo a que os juízes e os tribunais portugueses não devem hesitar em lançar mão, para aferir da adequada salvaguarda do direito à habitação. O mesmo se diga da invocação e aplicabilidade de outros institutos ou cláusulas gerais, como o princípio da boa fé na celebração e execução do contrato (art.º 762º do CC), bem como a sua resolução ou modificação por alteração das circunstâncias (art.º 437º do CC), quiçá mesmo a sua nulidade ou anulabilidade, perante negócios contrários à lei ou usurários (art.ºs 281º e 282º, ambos do CC). Porque, como se fundamenta naquele despacho, “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 inultrapassável”.

Por outro lado, o juiz nacional deve ter ainda e sempre em consideração, nestes casos, a legislação comunitária, nomeadamente a Directiva nº 93/13/CEE do Conselho, de 05.04.93, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, na medida em que a mesma seja susceptível de aplicação.

⁵⁰ Não pode ser objecto de análise neste texto o funcionamento do sistema de acesso ao direito, mas é inquestionável que os cidadãos sobreendividados, recorrendo muitas vezes ao apoio judiciário, se confrontam com uma menor possibilidade de se fazerem representar por profissionais forenses que, adequadamente, consigam fazer valer os seus direitos perante os bens apetrechados escritórios de advocacia dos bancos.

Aliás, ainda recentemente a 1ª Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia, através do acórdão de 14.03.2012⁵¹, teve oportunidade - na sequência de um tribunal espanhol lhe ter colocado as questões, a título prejudicial, nos termos do artigo 267.º do Tratado da União Europeia, num caso precisamente em que se discutiam cláusulas abusivas dum contrato de mútuo hipotecário - de declarar que a lista das cláusulas que podem ser consideradas abusivas, constante do art.º 3º n.º 3 daquela Directiva, é apenas “indicativa e não exaustiva”, bem como interpretar o conceito de “desiquilíbrio significativo” constante do n.º 1 do mesmo art.º 3º. Declarou ainda o Tribunal que a referida Directiva deve interpretar-se no sentido de se opor a “uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal que, ao mesmo tempo que não prevê, no âmbito do processo de execução hipotecária, fundamentos de oposição relativos ao carácter abusivo de uma cláusula contratual que constitui o fundamento do título executivo, também não permite ao tribunal que julga o processo declarativo, que é o competente para apreciar o carácter abusivo de tal cláusula, de decretar medidas provisórias, como, por exemplo, a suspensão do referido processo de execução, quando a concessão dessas medidas seja necessária para garantir a plena eficácia da sua decisão final”.

*

7. Síntese conclusiva

Em breve síntese conclusiva, creio poder afirmar-se que o sobreendividamento das famílias portuguesas é hoje uma realidade, em resultado de vários factores, desde o aumento do consumo, à diminuição da poupança e à perda de rendimentos, no contexto actual das consequências da austeridade impostas na sequência da crise financeira e económica de 2007/2008.

O peso das dívidas hipotecárias, resultantes do recurso ao crédito para financiar a aquisição/construção de habitação própria, é muito significativo no fenómeno de sobreendividamento das famílias portuguesas, muitas das quais se defrontam com a perda da sua habitação, na sequência da sua venda em processos judiciais, de execução e insolvência.

O direito à habitação deve ser considerado como um direito fundamental, com consagração constitucional, que encontra ainda amparo justificativo e interpretativo no princípio da dignidade da pessoa humana e o seu valor e relevância postulam a consideração de dever ser objecto de concretização prática, desde logo pelo poder político e legislativo, mas também pelo poder judicial nos casos submetidos à sua decisão jurisdicional.

As “respostas” que têm sido dadas no actual contexto social de crise económica e de sobreendividamento das famílias, pelo poder político e legislativo, nomeadamente através do DL 227/2012 de 25.10 e das Leis 58/2012 e 59/2012 de 09.11, não são adequadas a encontrar soluções à protecção da casa

⁵¹ Acessível em

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=fir&part=1&text=&doclang=PT&cid=1533641>

de morada de família, parecendo apenas direccionadas para acautelar os interesses das entidades bancárias.

É possível e desejável, numa sociedade mais justa e democrática, encontrar soluções político-legislativas que protejam efectivamente os titulares do direito à habitação que se vêm confrontados, no actual contexto de crise económica e diminuição de rendimentos das famílias, com a perda da sua residência, na sequência de processos de execução e de insolvência.

As soluções previstas na Lei brasileira nº 8009/90 de 02.30 e na Lei grega nº 3869/2010 de 03.08, adoptadas em contextos sócio-económicos com similitude com o da actual realidade portuguesa, podem e devem ser inspiradoras para uma reforma do quadro legislativo, visando a protecção da casa de morada de família.

As “respostas” que têm sido dadas pelo sistema judicial português, mas também no quadro europeu, à questão da protecção da casa de morada de família, no contexto sócio-económico actual, deixam uma margem de esperança quanto à perspectiva de os Tribunais poderem vir a assumir de pleno a sua função jurisdicional.

António Martins
22.08.2013

Referências bibliográficas

Almeida, Vasco Duarte de (2000), *Sobre o valor da dignidade da pessoa humana*, Boletim da Faculdade de Direito, Ano XXVI-1, pp. 623-648

Alves, Nuno e Cardoso, Fátima (2010), *A poupança das famílias em Portugal: evidência micro e macro económica*. Boletim Económico, Banco de Portugal, Inverno 2010, URL: http://www.bportugal.pt/pt-PT/BdP%20Publicaes%20de%20Investigao/AB201014_p.pdf

Bonanza, Patric (2009), *Os Banqueiros não pagam a Crise*, 1ª Edição, Guerra & Paz, Editores, S.A., 2009

Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital (1993), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1993

Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007

Canotilho, José Joaquim Gomes (1991), *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Nº Especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, III, 1991, pp. 461-500

Dubois, Hand e Anderson, Robert (2010), *Managing Household Debts: Social Service Provision in the EU*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2010, URL: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2010/70/en/2/EF1070EN.pdf>

Frade, Catarina (2003), *A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento*. Revista Critica de Ciências Sociais, nº 65

Ghabriel, Wagdi-Sabete (2003), *O Cristianismo e a Origem Intelectual dos Direitos do Homem*, in *Direitos Humanos, Teorias e Práticas*, Organização de Cunha, Paulo Ferreira da, Livraria Almedina, 2003

Gomes, Andreia (2009), *A Dignidade da Pessoa Humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa*, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coordenação de Miranda, Jorge e Silva, Marco, 2ª edição- Editora Quartier Latin do Brasil, S. Paulo, 2009

Gomes, Conceição (2011), *Os atrasos da Justiça*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011

Gomes, Manuel (2003), *Do sobreendividamento das pessoas singulares-Em busca de quadro legal*, Sub Júdice nº 24, pp. 35-38

Hespanha, António Manuel (2012), *A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico. Crise, Direito e Argumentação Jurídica*, Revista do Ministério Público, nº 130, pp. 9-80

Marques, Maria Manuel Leitão *et al.* (2000), *O endividamento dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2000.

Marques, Maria/Frade, Catarina (2003), *Uma sociedade aberta ao crédito*, Sub Júdice nº 24, pp. 27-34

Neves, A. Castanheira, *O Direito hoje e com que Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Instituto Piaget, 2002

Santos, Boaventura de Sousa *et al* (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: O caso português*, Porto, Edições Afrontamento, 1996

Silva, Marco (2009), *Cidadania e Democracia: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana*, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, Coordenação de Miranda, Jorge e Silva, Marco, 2ª edição- Editora Quartier Latin do Brasil, S. Paulo, 2009

Sítios da internet

<http://www.asjp.pt>

<http://www.bportugal.pt>

<http://www.ces.pt>

<http://www.citius.mj.pt>

<http://www.curia.europa.eu>

<http://www.dinheirovivo.pt>

<http://www.economico.pt>

<http://www.ine.pt>

<http://www.ionline.pt>

<http://www.jornaldenegocios.pt>

<http://www.parlamento.pt>

<http://publico.pt>

<http://www.siej.dgpj.mj.pt>

<http://www.tribunalconstitucional.pt>