



## O conteúdo da garantia hipotecária no crédito à habitação. Uma análise comparada

**Miguel Ferreira Oliveira**

Universidade Portucalense

miguel.oliveira@upt.pt

### Resumo

Ao longo do presente estudo, foi possível analisar a evolução da hipoteca, determinar o que ela efetivamente garante e como opera em diferentes sistemas jurídicos, em particular em Portugal, Espanha e nos Estados Unidos, especialmente quando há incumprimento no crédito à habitação.

A questão essencial é que a hipoteca, na sua base, não muda muito e continua a ser o mesmo direito real de garantia. O que muda, e de forma bastante evidente, é a forma como esta garantia se articula com a responsabilidade do devedor.

Na prática, em sistemas como o português e o espanhol, a hipoteca não esgota a responsabilidade do devedor, antes vindo somar-se à sua responsabilidade patrimonial universal. Tal significando que, no caso dos créditos à habitação, se o imóvel não chegar para proceder ao pagamento total da dívida, o credor pode prosseguir a execução quanto ao resto do património. Já em alguns Estados norte-americanos, com os non-recourse loans, a lógica é diversa, dado que a responsabilidade fica, em regra, limitada ao próprio bem hipotecado.

No fundo, não nos encontramos perante uma mudança da natureza da hipoteca, mas antes perante uma mudança da sua função. A figura mantém a sua essência, no entanto, o papel que desempenha ajusta-se à forma como cada sistema distribui o risco no crédito.

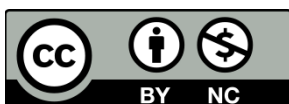
### Palavras-chave

Hipoteca. Crédito habitacional. Responsabilidade patrimonial. Garantias reais. Hipoteca sem recurso. Análise comparativa.

### 1. Introdução

Em Portugal, e bem assim, em Espanha, a hipoteca, assume-se como um direito real de garantia, o qual, sem reduzir a responsabilidade patrimonial geral do devedor, confere ao credor a possibilidade de obter a satisfação do seu crédito através do valor de um bem determinado.

A questão que se coloca é a de saber se, perante a evolução dos sistemas de crédito e dos próprios modelos jurídicos, essa função se mantém idêntica, ou se, em alguns casos, foi adaptada às necessidades atuais, nomeadamente no que ao crédito habitação diz respeito.



De facto, importa aferir se neste contexto, de um crédito que é concedido para fazer face a um direito fundamental, no caso o da habitação, a garantia hipotecária mantém a sua função tradicional, de reforço da responsabilidade patrimonial do devedor, ou se, de um modo diverso, pode funcionar como um mecanismo de limitação dessa mesma responsabilidade.

A análise comparada revela, nesse contexto, um dado que ultrapassa a mera diversidade de regimes, dado que em certos ordenamentos, a garantia hipotecária deixa de operar como um simples reforço da responsabilidade patrimonial do devedor, assumindo antes uma função de afetação do risco ao credor. Esta transformação funcional não é juridicamente neutra, sobretudo quando está em causa o crédito à habitação.

Coloca-se, assim, a questão de saber se, e em que medida, o Direito deve permanecer indiferente a essa mutação quando está em causa a tutela de um direito fundamental como o direito à habitação.

O presente estudo sustenta, assim, que a transformação funcional da garantia hipotecária em certos ordenamentos deve ser considerada na reflexão jurídica sobre o crédito à habitação, não podendo o seu enquadramento permanecer indiferente a essa alteração.

## 2. Origem e evolução da hipoteca

A designação de hipoteca surge primeiramente na antiga Grécia, através da figura denominada de “*hypothêkê*”, não com a conceção atual de garantia, mas antes associada a uma moratória ou reserva de propriedade, em que o credor conservava uma expectativa de garantia, sem exercer posse direta sobre o bem do devedor.<sup>1</sup>

Embora a designação de hipoteca possua raízes nas instituições helénicas, a configuração que se consolidou no direito romano não corresponde a uma mera transposição do modelo grego, mas antes ao desenvolvimento autónomo de uma garantia real derivada do *pignus*.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Em Atenas era comum colocarem-se tabuletas de pedra, nos prédios que garantiam certas dívidas, das quais constava a descrição do prédio, a identificação do credor e devedor, a quantia em dívida, como modo de dar a conhecer a dívida e a garantia. Cfr. Menéres Campos, M. (2003). Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos. Almedina.

<sup>2</sup> Robles Velasco, L. M. (2004). *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad prior tempore, potior iure*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

É, assim, entendimento geral que a hipoteca, em sentido próprio, tem origem romana e surgiu como uma derivação do penhor, anterior àquela, a partir do momento em que o pretor passou a reconhecer e tutelar convenções de garantia sem transferência da posse.<sup>3</sup>

De facto, no percurso evolutivo das garantias reais no direito romano, a figura do *pignus conventum* acaba por se destacar, dada a sua conceção no sentido de vincular especificamente um bem (*res*) ao cumprimento de um crédito, constituído por mera convenção privada, desprovida de formalidades, e cuja eficácia era plenamente oponível a terceiros.<sup>4,5</sup>

Com efeito, a evolução da *fidúcia cum creditore* para a *datio pignoris*, representou já uma importante mitigação da rigidez primitiva, traduzindo-se na passagem de um sistema em que o credor adquiria a propriedade do bem dado em garantia, comprometendo-se a restituí-lo após o pagamento, para um regime em que o devedor conservava a propriedade, transmitindo ao credor apenas a posse como forma de assegurar o cumprimento.

Todavia, esta alteração não foi a mais disruptiva, vindo a ser posteriormente superada por uma evolução ainda mais significativa, que resultou de se admitir que nem fosse necessária a entrega do bem ao credor, bastando, para a constituição da garantia, a existência de um acordo, a *conventio pignoris*, a qual, ao contrário da *datio pignoris*, não implicava a transferência da posse. Nesses casos, o credor não adquiria o *ius possidendi*, mas apenas o *ius distrahendi*, isto é, o direito de promover a venda do bem em caso de incumprimento da obrigação garantida.<sup>6,7</sup>

---

<sup>3</sup> Os jurisconsultos romanos por forma a distinguirem o *pignus datum*, da hipoteca, denominaram-na, durante um largo período temporal, de *pignus conventum*. Santo Justo, A. (2012). *Hipoteca (Direito Romano)*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXVIII(II), 543 e ss.

<sup>4</sup> De Iuliis, F. (2017). *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*. Torino, Itália: Giappichelli.

<sup>5</sup> A doutrina identifica duas modalidades de *pignus conventum*, consoante houvesse ou não entrega da posse (*traditio possessionis*) ao credor. Apesar da posição da doutrina, para Fuenteseca, existe apenas uma categoria genérica e unitária de *pignus conventum*, formada pelo acordo das partes para constituir um direito real de garantia, oponível *erga omnes, independentemente de haver traditio*. Cfr. Fuenteseca, M. (2013). *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*. Andariva.

<sup>6</sup> Menezes Leitão, L. (2019). *Garantias das Obrigações* (6.<sup>a</sup> ed., p. 204). Coimbra: Almedina.

<sup>7</sup> Entre as restrições conhecidas à atuação do credor no âmbito do penhor romano, destaca-se a proibição do *ius distrahendi* em determinadas circunstâncias, cuja violação implicava a nulidade da venda, a qual, como sublinha a doutrina, parece condensar uma dupla proibição, sancionando a nulidade sempre que o credor, tendo entrado desde logo na posse do bem, como, por exemplo, no caso de um escravo, não

Assim, a *conventio pignoris* representou uma progressiva expansão no direito romano, passando a ser irrelevante a efetiva entrega da posse do bem (*traditio possessionis*) para a sua constituição. Esta evolução foi acompanhada pela criação de ações próprias destinadas à proteção do direito do credor, destacando-se a *actio hypothecaria*, através da qual, o credor podia não só exigir o cumprimento ao próprio devedor, em caso de falta de pagamento, mas também reivindicar o bem junto de terceiro que o tivesse adquirido.<sup>8</sup>

No plano processual, a tutela *erga omnes* do credor hipotecário foi igualmente assegurada pela *actio Serviana* e pela *quasi Serviana* ou *hypothecaria*, que permitiam defender o direito contra qualquer terceiro que detivesse a coisa, assegurando, assim, a eficácia prática da garantia real.<sup>9</sup>

Com o passar dos séculos, e já no quadro dos sistemas jurídicos continentais, a figura da hipoteca adaptou-se às exigências do crédito moderno, com a introdução de mecanismos de publicidade e registo que permitiram identificar com precisão os bens dados em garantia. Essa inovação marcou uma rutura com o modelo romano, ao restringir progressivamente o leque de bens que podiam ser objeto de hipoteca. Desse processo histórico resultou a configuração atual, em que o âmbito da hipoteca se limita aos bens suscetíveis de registo, garantindo-se assim um mínimo de segurança jurídica na contratação.<sup>10</sup>

Esta transformação permitiu-lhe manter a sua relevância prática, sobretudo no domínio do financiamento imobiliário, pelo que importa compreender como a hipoteca se apresenta e funciona na contemporaneidade, designadamente no ordenamento jurídico português, à luz das exigências de segurança, publicidade e eficácia que marcam a regulação atual dos contratos de crédito à habitação.

---

respeitasse a interdição de proceder à sua venda. Pelloso, C. (2008). *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'*? Teoria e Storia del Diritto Privato, vol. I, pp. 1-110 (p. 84).

<sup>8</sup> Fuenteseca, M. (2013). *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*. Andariva.

<sup>9</sup> Este amadurecimento funcional e processual da figura foi acompanhado por uma consolidação no plano conceptual e terminológico, dado que o termo *hypotheca* não constitui uma inserção tardia de época bizantina, sendo, na realidade, já utilizado pelos juristas clássicos, a partir de Juliano, que o empregavam nos seus escritos e lhe dedicavam mesmo tratados monográficos. Pelloso, C. (2008). *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'*? Teoria e Storia del Diritto Privato, vol. I, pp. 1-110 (p. 27).

<sup>10</sup> No Direito Romano clássico não se protegiam de maneira considerada eficaz os credores hipotecários, fossem eles privilegiados ou não, dado que era assente num sistema de publicidade possessória que as mais das vezes nada mais era que a declaração do devedor hipotecário. Cfr. Robles Velasco, L. M. (2005). *La hipoteca privilegiada en el Derecho Romano* (pp. 16-17). Fundación Beneficenta e Pertia Iuris.

### 3. O conteúdo da garantia hipotecária

#### 3.1. A garantia geral do património do devedor

A par das garantias reais específicas, como a hipoteca, importa considerar a garantia que decorre da própria lei e que constitui a base da responsabilidade patrimonial do devedor, a qual encontra consagração no artigo 601.º do Código Civil.<sup>11</sup>

O património do devedor corresponde à primeira garantia das obrigações, uma garantia geral que pode ser delimitada de forma mais precisa como o conjunto dos bens penhoráveis do devedor suscetíveis de responder pelas suas dívidas, e, de forma dinâmica, enquanto situação jurídica na qual se encontram o devedor e o credor envolvidos, nos termos da responsabilidade patrimonial.<sup>12</sup>

Configura um princípio fundamental do direito das obrigações o facto de o incumprimento da prestação conferir ao credor o direito de recorrer aos tribunais para, de forma coativa, obter a satisfação do seu crédito, conforme previsto no artigo 817.º do Código Civil.

Esta possibilidade não exige nada em particular, resulta do simples de alguém ser credor de outrem. Por isso se diz que o património do devedor funciona como garantia geral das obrigações, ou, noutra formulação, como garantia comum dos credores. E essa garantia recai sobre o património no seu conjunto, isto é, sobre todos os bens e direitos do devedor, considerados globalmente.<sup>13</sup>

No fundo, é isto que está por trás do princípio da responsabilidade universal, e todos os bens do devedor, presentes e futuros, respondem pelas suas obrigações. O património pode aumentar ou diminuir ao longo do tempo, mas, em cada momento, é ele que assegura, em regra, o cumprimento das dívidas.<sup>14</sup>

#### 3.2. Origem histórica da responsabilidade patrimonial

A conceção da garantia geral das obrigações tem raízes profundas no Direito Romano, sendo que, nas fases mais arcaicas, a responsabilidade do devedor era de natureza pessoal. O *nexum*, figura controversa entre os romanistas, permitia que o corpo do devedor respondesse diretamente pelo incumprimento da obrigação, o que poderia

---

<sup>11</sup> Segundo o qual: “*pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios*”.

<sup>12</sup> Menezes Cordeiro, A. (2023). *Tratado de direito civil, Vol. VIII, Direito das obrigações* (p. 796). Almedina.

<sup>13</sup> Almeida Costa, M. J. (2022). *Direito das Obrigações* (12.ª ed., pp. 843 e ss.). Almedina.

<sup>14</sup> Menezes Leitão, L. (2021). *Direito das Obrigações* (Vol. II). Coimbra: Almedina.

mesmo conduzir à perda da liberdade pessoal e à detenção privada do devedor, até que a dívida fosse satisfeita ou alguém se oferecesse a pagar no seu lugar.<sup>15</sup>

De facto, o mecanismo da *manus iniectio*, previsto nas XII Tábuas, conferia ao credor o poder de apreender o próprio devedor com base na falta de pagamento. Esta situação, marcada por um desequilíbrio social evidente entre patrícios e plebeus, conheceu uma viragem com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., a qual aboliu a responsabilidade pessoal do devedor, afastando a prisão civil por dívidas e consagrando, em seu lugar, a execução sobre os bens, ou como refere Tito Lívio, “*pecunia creditae, bona debitoris, non corpus obnoxium esse*”.<sup>16,17</sup>

Este modelo de responsabilização através do património do devedor acabou por consolidar-se nas fases posteriores do direito romano, nomeadamente com a figura da *missio in bona*<sup>18</sup>, que permitia aos credores aceder ao património do devedor por autorização do pretor.<sup>19</sup>

Este princípio permanece basilar nas tradições de direito civil e influenciou decisivamente a formação dos códigos civis modernos, refletindo-se ainda hoje na separação entre garantias reais e pessoais, já delineada na prática romana com surgimento do *pignus* e, posteriormente, da *hypotheca*.

### 3.3. A garantia patrimonial na contemporaneidade

Na atualidade, a garantia pela globalidade do património do devedor mantém plena vigência, operando como suporte fundamental do sistema de crédito, dado que permite ao credor aceder a qualquer bem do devedor, sem necessidade de identificação prévia de um bem específico como garantia.

Contudo, a sua efetividade depende da existência de bens penhoráveis e da ausência de outros credores preferentes, em função de a mesma ser comum a todos os

---

<sup>15</sup> Moraes Mota, M. (2019). *As raízes romanas do contrato*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, 5(1). Coimbra: Centro de Investigação de Direito Privado.

<sup>16</sup> Tradução nossa: “*Pelo crédito concedido, respondem os bens do devedor, não o seu corpo*”.

<sup>17</sup> Simão, J. F. (2013). *A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 3, 165–181.

<sup>18</sup> Representava a atribuição da posse dos bens do devedor aos credores.

<sup>19</sup> Esta deslocação da responsabilidade do corpo para os bens revelou uma viragem conceptual marcada pela valorização da equidade e pela intervenção pretoriana na proteção da justiça material. Tal conceção viria a influenciar decisivamente a tradição jurídica continental, em particular o *Code Napoléon* de 1804, cuja doutrina da responsabilidade patrimonial como garantia comum dos credores foi posteriormente absorvida pelas codificações civis modernas, entre as quais o Código Civil português.

credores, os quais, em pé de igualdade, se podem pagar à custa do património do devedor, nos termos que já se verificaram do artigo 601.º do Código Civil.<sup>20</sup>

Temos então, que a garantia patrimonial se encontra suportada em princípios básicos de generalidade e igualdade, o que determina, respetivamente, que, em regra, todos os credores se encontram assegurados pelo património do devedor e que todos se encontram no mesmo plano relativamente às garantias, quaisquer que sejam o valor, a data de constituição e a fonte do seu crédito.<sup>21</sup>

### 3.4. Caracterização da hipoteca

A hipoteca configura-se como um direito real de garantia que, diversamente do privilégio creditório, não confere preferência em função da causa do crédito. Pelo contrário, rege-se pelo princípio da prioridade na constituição, segundo o qual a precedência entre credores hipotecários depende da ordem temporal do respetivo registo.<sup>22</sup>

Esta característica implica que a ordem das hipotecas é determinada pela data do registo na conservatória competente, sendo esta formalidade essencial para a sua oponibilidade a terceiros, dado que a hipoteca apenas produz efeitos reais mediante registo, nos termos dos artigos 687.º e seguintes do Código Civil.<sup>23</sup>

Acresce que a hipoteca tem natureza acessória, encontrando-se intrinsecamente ligada ao crédito que garante e acompanhando todas as suas vicissitudes. Deste modo, a extinção da dívida implica, por via reflexa, a extinção da garantia, podendo ainda a hipoteca ser transmitida, modificada ou extinta juntamente com o direito de crédito a que está associada.<sup>24</sup>

Atualmente, é pacificamente aceite na Doutrina que a hipoteca constitui um direito real de garantia, tendo sido superada a posição clássica que a desqualificava como tal, com base no argumento de que não confere ao titular um poder direto e imediato sobre a coisa, nem lhe permite proceder autonomamente à sua alienação, exigindo, para tanto, a venda judicial do bem.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Menezes Leitão, L. (2021). *Direito das Obrigações* (Vol. II). Coimbra: Almedina.

<sup>21</sup> Almeida Costa, M. J. (2022). *Direito das Obrigações* (12.ª ed., pp. 847 e ss.). Almedina.

<sup>22</sup> Menezes Leitão, L. (2019). *Garantias das Obrigações* (6.ª ed., p. 205). Coimbra: Almedina.

<sup>23</sup> No qual se encontra plasmado que: “A hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes.”

<sup>24</sup> Menéres Campos, M. (2003). *Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos*. Almedina.

<sup>25</sup> Romano Martinez, P., & Fuzeta da Ponte, P. (2006). *Garantias de cumprimento* (5.ª ed.). Almedina.

A hipoteca, enquanto direito real de garantia, caracteriza-se também pela sua eficácia *erga omnes* e pelo direito de sequela, o que permite ao credor executar o bem mesmo que este tenha sido transmitido a terceiros, desde que o seu direito esteja devidamente registado, reforçando estes traços a sua natureza real e a proteção do crédito garantido.

Em síntese, o âmbito da hipoteca compreende a extensão do direito conferido ao credor, abrangendo não apenas o crédito principal, mas também os respetivos acessórios, o direito de preferência e de sequela, bem como a faculdade de agir contra terceiros adquirentes do bem onerado. Esta amplitude funcional confere à hipoteca um papel central no sistema de garantias patrimoniais.

#### 4. O conteúdo da garantia no ordenamento português

##### 4.1. A hipoteca na contemporaneidade

Atualmente, a hipoteca continua a representar uma das formas mais significativas de garantia real, sobretudo no âmbito do crédito à habitação. A sua função primordial é conferir ao credor hipotecário a possibilidade de ver o seu direito ser ressarcido através do produto da venda do bem onerado em caso de incumprimento da obrigação garantida, conferindo-lhe, para esse efeito, prioridade relativamente aos demais credores comuns.

De facto, a hipoteca acaba por conjugar devidamente os interesses das partes, dado que permite ao credor, em caso de incumprimento proceder às diligências necessárias a que a coisa hipotecada seja vendida por forma a satisfazer o seu direito, e ao mesmo tempo, facilita o acesso ao crédito por parte de consumidores e empresas, sem que para tal tenham de renunciar à posse ou fruição dos bens onerados. Em suma, procede à conciliação de duas exigências económico-sociais, as quais se traduzem na circulação de bens e na tutela do crédito.<sup>26</sup>

Na figura da hipoteca devem-se salientar alguns elementos que lhe são particulares, como decorre do facto de os bens sujeitos à mesma serem bens registáveis, sejam eles móveis ou imóveis, para que seja possível aferir da prioridade no uso da garantia para pagamento do crédito por parte do credor hipotecário. Esta

---

<sup>26</sup> Menéres Campos, M. (2003). *Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos*. Almedina.

exigência visa precisamente garantir a publicidade da garantia e assegurar a previsibilidade na ordem das preferências entre credores.<sup>27</sup>

#### 4.2. Efeitos jurídicos da hipoteca

A hipoteca, por possuir a natureza jurídica de um direito real de garantia, visa assegurar a efetiva tutela do crédito garantido, conferindo ao credor meios privilegiados de satisfação do seu crédito. Os efeitos que dela decorrem podem ser agrupados em três grandes categorias, as quais se traduzem no direito de preferência, no direito de sequela e na possibilidade de execução forçada do bem onerado.

O primeiro daqueles efeitos, o direito de preferência, confere ao credor hipotecário prioridade sobre o produto da venda judicial do bem onerado, relativamente a outros credores que não beneficiem de privilégio especial ou que não tenham registado as respetivas garantias em momento anterior, prevalecendo sobre os direitos reais de garantia posteriormente constituídos.<sup>28</sup>

Este princípio encontra expressão no artigo 686.º do Código Civil e é operacionalizado através do sistema de registo predial, onde a ordem das inscrições determina a precedência dos direitos. A hipoteca goza, assim, de um privilégio creditório em função da prioridade no registo, permitindo ao credor hipotecário recuperar o valor do seu crédito, de forma total ou parcial, com precedência sobre credores comuns ou subsequentes, derogando as regras de responsabilidade geral do património do devedor pela satisfação dos seus débitos.<sup>29</sup>

O segundo efeito jurídico essencial é o direito de sequela, que consiste na faculdade atribuída ao credor hipotecário de exercer o seu direito sobre o bem onerado, independentemente de quem seja o seu atual proprietário. Assim, mesmo que o imóvel hipotecado seja transmitido a terceiro, o credor mantém o seu direito de garantia,

---

<sup>27</sup> A prioridade conferida pelo registo da hipoteca não opera relativamente aos privilégios creditórios especiais, nem ao direito de retenção, também estas duas garantias reais, as quais para além de não serem conhecíveis através do registo, o que gera incerteza jurídica, possuem uma segunda particularidade que se prende com o facto de poderem prevalecer independentemente da prioridade temporal de outras garantias.

<sup>28</sup> Existem algumas exceções, como as decorrentes do privilégios imobiliários especiais e o direito de retenção, previstos, respetivamente, nos artigos 751.º e 759.º, n.º 2 do Código Civil. *Cfr.* Pestana de Vasconcelos, L. M. (2015). *Direito das Garantias* (2.ª ed., p. 199). Almedina.

<sup>29</sup> Os sujeitos passivos da obrigação de preferência associada à hipoteca são os demais credores, os quais apenas após a satisfação do crédito do credor hipotecário se encontram em posição de ver o seu crédito satisfeito. Menéres Campos, M. (2003). *Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos* (pp. 35 e seguintes). Almedina.

podendo promovê-lo contra o novo titular, o que determina que, desde que a hipoteca se encontre registada, esta segue a coisa onerada nas suas transmissões.<sup>30,31</sup>

Este efeito decorre da natureza real da hipoteca e da publicidade do registo, assegurando a oponibilidade *erga omnes* do direito do credor hipotecário. Garante-se, deste modo, que a transmissão do bem não prejudica o exercício do direito real de garantia previamente constituído.

O terceiro, e mais significativo, efeito da hipoteca, reside na possibilidade de execução forçada do bem onerado em caso de incumprimento da obrigação garantida. Esta prerrogativa confere ao credor hipotecário o direito de requerer a venda judicial do imóvel e de ser ressarcido com o produto que daquela resultar, de acordo com a prioridade que lhe é reconhecida.

Daqui resulta que o incumprimento da obrigação garantida representa o momento determinante para a ativação da hipoteca enquanto mecanismo de tutela do crédito.

Nessa eventualidade, ou melhor dizendo, nos casos em que o devedor não cumpre de forma voluntária com a obrigação a que se encontra adstrito, o credor hipotecário adquire o direito potestativo de instaurar a execução judicial sobre o bem onerado, ou seja, adquire o poder de executar a hipoteca e proceder de forma coativa à satisfação do seu crédito, mediante, nos termos do artigo 817.º e seguintes do Código Civil, a execução do património do faltoso.<sup>32,33</sup>

De salientar a obrigatoriedade de recurso à venda judicial do bem hipotecado, por forma a proteger o devedor contra eventuais abusos, que poderiam ocorrer, caso fosse permitido ao credor proceder diretamente à venda do bem ou apropriar-se do objeto da garantia.<sup>34</sup>

#### 4.3. Execução e responsabilidade pelo remanescente

Todavia, nada garante que o produto da venda ou o valor pelo qual o credor proceda à adjudicação do imóvel seja suficiente para satisfazer integralmente o crédito

---

<sup>30</sup> Pestana de Vasconcelos, L. M. (2015). *Direito das Garantias* (2.ª ed., p. 199). Almedina.

<sup>31</sup> Significa isto que a hipoteca é inerente ao bem, seguindo-o em posteriores alienações ou onerações, sem que estas a afetem, dado que goza de oponibilidade a terceiros. Menéres Campos, M. (2003). *Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos* (pp. 38 e seguintes). Almedina.

<sup>32</sup> Vasconcelos Raposo, J. (2016). *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira – A “dação potestativa” como solução?* (p. 39). Coimbra: Almedina.

<sup>33</sup> Romano Martinez, P., & Fuzeta da Ponte, P. (2006). *Garantias de cumprimento* (5.ª ed., p. 13). Almedina.

<sup>34</sup> Menéres Campos, M. (2003). *Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos* (p. 197). Almedina.

exequendo, sobretudo em contextos de desvalorização imobiliária ou em caso de agravamento do montante em dívida por via de juros de mora, penalizações contratuais e custas processuais.

Nessas circunstâncias, subsiste no credor um direito ao remanescente do crédito que não foi satisfeito com o produto da execução sobre o bem hipotecado, o que decorre e vai de encontro ao princípio da responsabilidade universal do devedor, consagrado no artigo 601.º do Código Civil.<sup>35</sup>

Tal determina que após a venda ou adjudicação do imóvel, sem que se verifique o pagamento total do crédito hipotecário, possa o credor prosseguir a execução sobre os restantes bens penhoráveis do executado.<sup>36</sup>

É importante sublinhar que este prolongamento da execução não representa uma nova fase processual, mas apenas o prosseguimento do processo já instaurado, com extensão da penhora a outros bens do executado.

Em termos doutrinários, esta faculdade de execução pelo remanescente é muitas vezes apontada como expressão da natureza híbrida da hipoteca, a qual, sendo um direito real, não esgota o seu alcance na coisa garantida, permitindo ao credor exercer o seu direito pessoal sobre o restante património do devedor.

## 5. O conteúdo da garantia no ordenamento espanhol

### 5.1. Regime jurídico da hipoteca

À semelhança do que sucede com o sistema português, também se verifica no ordenamento jurídico espanhol, que a constituição da hipoteca configura a principal garantia associada ao crédito à habitação e, desse modo, a todo o financiamento imobiliário.

Desde a sua consagração na Ley Hipotecaria de 1861, que a hipoteca assume a finalidade de, mediante a afetação de determinados bens ao pagamento preferencial de determinada dívida, assegurar o cumprimento das obrigações emergentes do crédito.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Segundo o qual, recorde-se, “*pelo cumprimento das obrigações respondem todos os bens presentes e futuros do devedor que não estejam legalmente isentos de execução*”.

<sup>36</sup> Neste caso, passará o remanescente da dívida a ser tratado como crédito comum, sem o privilégio conferido pela garantia real, e sujeito às regras gerais da execução para pagamento de quantia certa.

<sup>37</sup> Tal determina que a própria constituição da garantia dependa da sua inscrição no *Registro de la Propiedad*, a qual se revela como condição essencial para a produção de efeitos perante terceiros. Valverde Villa, M. (2022). *La hipoteca en España y su evolución histórica*. Pignus-Peño-Hipoteca. Bosch Editor.

Nestes termos, a hipoteca é considerada um direito real de garantia, que possui natureza acessória, indivisível e especial, cuja eficácia depende da individualização do bem onerado, da obrigação garantida e da quantia máxima assegurada.<sup>38</sup>

## 5.2. Incumprimento e responsabilidade do devedor

De forma igualmente similar com o que ocorre em Portugal, também o regime jurídico espanhol da hipoteca se caracteriza pela forte proteção do crédito.<sup>39</sup>

Tal resulta, desde logo, dos termos do artigo 105.º da Ley Hipotecaria<sup>40,41</sup>, que nos indica que a hipoteca, apesar de se poder constituir como garantia de todas as relações obrigacionais, não poderá alterar a responsabilidade estabelecida pelo artigo 1911.º do Código Civil<sup>42,43</sup>, o qual consagra o princípio da responsabilidade patrimonial universal do devedor.

Tal determina que, se mesmo após a execução e venda do bem hipotecado, o produto obtido não for suficiente para satisfazer o crédito, o devedor continua vinculado ao pagamento da diferença, nos termos do n.º 1 do artigo 579.º da Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>44</sup>, que regula expressamente esta possibilidade.<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> Exigências que encontram paralelo no princípio da especialidade presente igualmente no direito português.

<sup>39</sup> Tal realidade ganhou especial relevo no contexto da crise económico-financeira de 2007, que expôs as limitações do sistema espanhol na proteção dos mutuários em situação de incumprimento.

<sup>40</sup> Boletín Oficial del Estado. (1946). *Ley Hipotecaria* (última redacción por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre). BOE-A-1946-5093. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-5093>

<sup>41</sup> “*La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil*”. Tradução nossa: “A hipoteca pode ser constituída como garantia de todo o tipo de obrigações e não alterará a responsabilidade pessoal ilimitada do devedor, tal como estabelecido no artigo 1911 do Código Civil.”

<sup>42</sup> Gobierno de España. (1889). *Código Civil Español*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

<sup>43</sup> “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. Tradução nossa: “Pelo cumprimento das obrigações responde o devedor com todos os seus bens, presentes e futuros.”

<sup>44</sup> España. (2000). *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Boletín Oficial del Estado, nº 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575-641. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

<sup>45</sup> “*Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*.” Tradução nossa: “Quando a execução se dirija exclusivamente contra bens hipotecados ou empenhados em garantia de uma dívida pecuniária, aplicar-se-á o disposto no Capítulo V deste Título. Se, após a venda em hasta pública dos bens

No que toca às soluções com potencial extintivo da dívida, importa referir que um aspeto distintivo do ordenamento espanhol, reside no facto de não haver previsão legal expressa ou tipificada da *dación en pago* no Código Civil espanhol.

De facto, a *dación en pago* não foi integrada de forma ampla no regime legal Espanhol, mantendo-se como uma exceção negocial ou voluntária, que além de exigir sempre a aceitação do credor para a sua realização, faz ainda depender a existência do efeito liberatório total, de aceitação autónoma nesse sentido.

Perante esta realidade, tanto a doutrina como a jurisprudência espanholas têm vindo a reconhecer a possibilidade de as partes estipularem um *pacto de concreción de responsabilidad*, entendido como uma cláusula contratual que limita a responsabilidade do devedor hipotecário ao valor do bem dado em garantia. Nesses casos, a execução do imóvel extingue integralmente a dívida, não subsistindo qualquer obrigação de pagamento quanto remanescente.<sup>46</sup>

Tal cláusula, embora sem previsão legal expressa, é considerada válida com base no princípio da autonomia privada consagrado no artigo 1255.º do Código Civil Espanhol, desde que não infrinja normas imperativas nem configure um pacto comissório.<sup>47</sup>

## 6. O conteúdo da garantia nos Estados Unidos

### 6.1. Recourse e non-recourse loans

Por contraponto, o interesse deste modelo não é apenas comparativo, já que ele evidencia uma alteração funcional da garantia que importa considerar quando se analisa o crédito à habitação.

---

hipotecados ou empenhados, o produto obtido for insuficiente para cobrir o crédito, o exequente poderá requerer a emissão de novo despacho de execução pelo valor remanescente, contra quem de direito, prosseguindo-se a execução de acordo com as normas ordinárias aplicáveis a qualquer execução."

<sup>46</sup> Esta figura, pouco utilizada na prática tinha já sido objeto de estudo por Xavier Cecchino Rosell (1996), em *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Valência, Tirant lo Blanch, onde é comparada "a responsabilidade pessoal, a responsabilidade real e a sua relação com a hipoteca de responsabilidade limitada, que se caracteriza por restringir a responsabilidade pelo pagamento da dívida ao valor da coisa objeto da garantia e não os demais bens pertencentes ao património do devedor". Cfr. Menéres Campos, M. (2003). *Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos* (p. 205). Almedina.

<sup>47</sup> Como sublinha Adela Serra Rodríguez, este tipo de cláusula tem por objetivo garantir que, em caso de incumprimento, a dívida se considere extinta com a execução do bem hipotecado, evitando, dessa forma, a perpetuação de situações de sobre-endividamento do devedor. Cfr. Serra Rodríguez, A. (2017). *El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca / The agreement of limitation of responsibility in mortgage loans*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, (6), 326–340.

De facto, no que concerne com a responsabilidade do devedor e a possibilidade de prosseguimento da execução para pagamento do remanescente da dívida, quando o valor realizado com o bem garantido não se mostra suficiente para o pagamento do crédito, importa referir que o sistema norte-americano distingue entre *recourse loans* e *non-recourse loans*, consoante o credor possa ou não exigir o pagamento do remanescente da dívida após a execução da garantia.

Nos estados que admitem *non-recourse loans*, a entrega do bem hipotecado extingue, em regra, toda a obrigação do mutuário, independentemente da suficiência do produto da venda. Esta opção visa limitar o risco do devedor e incentivar práticas prudentes por parte das instituições financeiras.

Já nos estados com *recourse loans*, o credor conserva o direito de agir contra o património restante do devedor, nos mesmos termos da responsabilidade universal, e, se o produto da venda não for suficiente, aquele poderá prosseguir para a recuperação do remanescente.<sup>48</sup>

No que toca ao prosseguimento da execução pelo remanescente da dívida, verifica-se que em estados que adotam o modelo *recourse*, o credor pode, após a *foreclosure*, intentar ação judicial para cobrança do valor remanescente da dívida não satisfeito com a venda do imóvel. A possibilidade de tal ação depende da natureza do contrato de mútuo e da legislação estadual, que pode impor limites ou restrições à recuperação do chamado *deficiency judgment*. Nos estados *non-recourse*, esta execução pelo remanescente é legalmente excluída, exceto em casos de fraude ou dolo do mutuário.

Aqui importa dar conta de que se o valor da venda do bem que garante a dívida não se mostrar suficiente para o pagamento do crédito na sua plenitude, o credor terá de proceder à realização de novo pedido junto do tribunal, ou seja, terá de lançar mão do tal *deficiency judgment*. Fica então o credor com o ónus de intentar nova ação destinada à cobrança do remanescente do seu crédito, não beneficiando, ao invés do que ocorre nos sistemas civilistas, da possibilidade de prosseguir com a execução em curso, tendo de apresentar uma nova *claim*.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Quanto à forma de realização da garantia, importa notar que a adjudicação direta do imóvel ao credor não é comum na prática dos Estados Unidos, sendo a venda a terceiros, por *trustee sale* ou leilão, o meio mais usual de realização da garantia.

<sup>49</sup> Sendo esta *claim* um pedido autónomo, tal determina que se verifique o surgimento de um conjunto de restrições à sua admissibilidade que vão estar, novamente, dependentes das leis de cada Estado. Uma

## 6.2. Limitação contratual da responsabilidade

Como já houve oportunidade de analisar, o sistema jurídico norte-americano oferece um modelo que se pode considerar muito relevante de limitação contratual da responsabilidade, assente na distinção entre as *recourse mortgages*, nas quais o credor, após a execução da hipoteca, pode prosseguir a cobrança do valor remanescente sobre o restante património do devedor, e as *non-recourse mortgages*, onde a responsabilidade do mutuário é limitada ao bem dado em garantia.

A opção pelas *non-recourse mortgages* determina, então, que, uma vez executado o imóvel, o credor não pode exigir o pagamento de qualquer valor eventualmente remanescente que subsista, caso o produto da venda não cubra integralmente o valor da dívida. De facto, limitando-se o prosseguimento da execução em casos de depreciação do imóvel ou de sobre-endividamento do mutuário, possibilita-se a existência de equilíbrio entre a liberdade contratual e a eficiência económica e cria-se maior previsibilidade nas consequências do incumprimento, evitando que a perda da habitação se traduza numa dívida que se protela *ad eternum*.<sup>50</sup>

Com efeito, muitos mutuários não têm consciência de que, em caso de incumprimento, podem ficar sujeitos a uma responsabilidade pessoal significativa para além da perda do imóvel.<sup>51</sup>

Por outro lado, uma maior proteção do credor, através de regimes que permitem a cobrança do remanescente, tende a refletir-se em condições de crédito mais favoráveis para os mutuários no momento da concessão.<sup>52</sup>

---

das mais importantes é a da obrigatoriedade de se determinar o valor correto de mercado do bem, não se levando em conta o que foi obtido no processo de *foreclosure*, o que só por si pode ter o condão de matar muitas intenções de prosseguimento da cobrança do remanescente logo à partida. Cfr. Vasconcelos Raposo, J. (2016). *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira – A “dação potestativa” como solução?* (pp. 44 e 45). Coimbra: Almedina

<sup>50</sup> A opção pelo modelo *non-recourse* não representa apenas uma proteção do devedor, mas também uma forma de imputar ao credor parte do risco da operação, responsabilizando-o pelas suas próprias decisões de concessão de crédito.

<sup>51</sup> “Many homeowners are unaware that they face the prospect of crushing personal financial liability if they default on their mortgage loans.”

<sup>52</sup> Li, W., & Oswald, F. (2017). *Recourse and residential mortgages: The case of Nevada*. *Journal of Urban Economics*, 101, 1–13.

Acresce que a possibilidade de responsabilização patrimonial para além do bem hipotecado reduz a probabilidade de incumprimento, especialmente em situações em que o valor do imóvel é inferior ao montante da dívida.<sup>53</sup>

## 7. Análise comparada. Modelos de responsabilidade e função da hipoteca

Se atentarmos de forma comparada aos ordenamentos analisados, é possível verificar que o ponto crítico está na forma como cada sistema lida com o incumprimento e, sobretudo, com aquilo que acontece depois da execução da hipoteca.

Em Portugal, Espanha e também na maioria dos Estados dos Estados Unidos, vigora o princípio da responsabilidade patrimonial universal, o que significa que, se a venda do imóvel não chegar para pagar a dívida, o credor pode continuar a executar o devedor pelo valor que falta. A hipoteca funciona, assim, como uma garantia forte, mas não exclusiva, representando apenas uma porta de entrada para a satisfação do crédito.<sup>54</sup>

Já em alguns Estados norte-americanos, nos quais existem os chamados *non-recourse loans*, a lógica é diferente. Aqui, o risco do incumprimento recai mais sobre o credor, pelo facto de que, se o valor obtido com a venda do imóvel não for suficiente, o devedor não responde com o resto do seu património, ficando a responsabilidade, na prática, limitada ao bem hipotecado.

No fundo, todos estes sistemas procuram assegurar o pagamento da dívida, mas fazem-no com equilíbrios diferentes. Portugal e Espanha protegem mais o credor, permitindo ir além da garantia, enquanto que o modelo *non-recourse*, pelo contrário, protege mais o devedor, ao limitar o alcance da responsabilidade. O que está em causa é, essencialmente, uma escolha sobre quem suporta o risco do negócio, se o devedor, se o credor, ou em que medida cada um deles.

## 8. Conclusão

Ao longo do trabalho, foi possível perceber como é que a hipoteca evoluiu historicamente, qual é atualmente o seu conteúdo e, sobretudo, como funciona em sistemas diferentes, em particular em Portugal, Espanha e nos Estados Unidos, no contexto do crédito à habitação e do incumprimento.

---

<sup>53</sup> Ghent, A. C., & Kudlyak, M. (2010). *Recourse and residential mortgage default: Theory and evidence from U.S. states* (Working Paper No. 09-10R). Federal Reserve Bank of Richmond.

<sup>54</sup> Importa recordar que nos Estados Unidos, mesmo no caso dos *recourse loans*, não se pode continuar com a mesma *claim* para fazer valor o direito do credor sobre o remanescente da dívida, sendo necessário dar início a um novo procedimento através de nova *claim*.

Crê-se que o ponto que acaba por sobressair é manifestamente simples, dado que a estrutura jurídica da hipoteca mantém relativa estabilidade, apesar de a forma como ela funciona na prática ser suscetível de mudar, de forma bastante considerável, consoante o regime de responsabilidade do devedor.

Dito de outra forma, a hipoteca é, em todos os casos, um direito real de garantia com a mesma base. O que muda é o papel que desempenha.

Nos sistemas como o português e o espanhol, funciona como um reforço da responsabilidade patrimonial universal do devedor, somando-se ao seu restante património, presente e futuro. Já em alguns modelos norte-americanos (non-recourse), aproxima-se de uma lógica diferente, em que a responsabilidade fica essencialmente limitada ao próprio bem hipotecado.

Por isso, mais do que dizer que a hipoteca mudou na sua natureza, o que se vê é uma adaptação da sua função. A figura é a mesma, mas é usada de forma diferente, consoante a forma como cada sistema distribui o risco no crédito.

A análise desenvolvida permite, assim, concluir que a garantia hipotecária, embora formalmente estável, pode assumir funções materialmente distintas consoante o regime de responsabilidade do devedor. Esta constatação não é irrelevante no plano jurídico-constitucional, especialmente quando está em causa o crédito à habitação e quando a forma como o sistema distribui o risco do incumprimento, se projeta diretamente na efetividade do direito à habitação.

Impõe-se, por isso, questionar se os modelos tradicionais de enquadramento da garantia são suficientes, ou se devem ser repensados à luz da função que a hipoteca efetivamente assume no crédito, em particular quando esteja em causa a tutela do direito à habitação.

## Referências

Almeida Costa, M. J. (2022). Direito das Obrigações (12.<sup>a</sup> ed.). Almedina.

Boletín Oficial del Estado. (1946). Ley Hipotecaria (última redacción por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre). BOE-A-1946-5093. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-5093>

De Iuliis, F. (2017). Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum. Giappichelli.

España. (2000). Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, nº 7. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

- Fuenteseca, M. (2013). Pignus e hypotheca en su evolución histórica. Andariva.
- Ghent, A. C., & Kudlyak, M. (2010). Recourse and residential mortgage default: Theory and evidence from U.S. states (Working Paper No. 09-10R). Federal Reserve Bank of Richmond.
- Gobierno de España. (1889). Código Civil Español. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Li, W., & Oswald, F. (2017). Recourse and residential mortgages: The case of Nevada. *Journal of Urban Economics*, 101, 1–13. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jue.2017.05.004>
- Menéres Campos, M. (2003). Da hipoteca: Caracterização, constituição e efeitos. Almedina.
- Menezes Cordeiro, A. (2023). Tratado de direito civil, Vol. VIII: Direito das obrigações. Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2019). Garantias das Obrigações (6.ª ed.). Almedina.
- Menezes Leitão, L. (2021). Direito das Obrigações (Vol. II). Almedina.
- Moraes Mota, M. (2019). As raízes romanas do contrato. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5(1).
- Pelloso, C. (2008). Influenze greche nel regime romano della hypotheca. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, I, 1–110.
- Pestana de Vasconcelos, L. M. (2015). Direito das Garantias (2.ª ed.). Almedina.
- Robles Velasco, L. M. (2004). La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad prior tempore, potior iure. *Colegio de Registradores*.
- Robles Velasco, L. M. (2005). La hipoteca privilegiada en el Derecho Romano. *Fundación Beneficenta e Pertia Iuris*.
- Romano Martinez, P., & Fuzeta da Ponte, P. (2006). Garantias de cumprimento (5.ª ed.). Almedina.
- Serra Rodríguez, A. (2017). El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (6), 326–340.
- Simão, J. F. (2013). A teoria dualista do vínculo obrigacional. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, 3, 165–181.
- Santo Justo, A. (2012). Hipoteca (Direito Romano). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXVIII(II), 543 e ss.
- Valverde Villa, M. (2022). La hipoteca en España y su evolución histórica. Bosch Editor.

Vasconcelos Raposo, J. (2016). Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira. Almedina.

---

### **The content of the mortgage guarantee in housing credit. A comparative analysis**

#### **Abstract**

Throughout this study, it was possible to analyze the evolution of the mortgage, determine what it effectively guarantees and how it operates in different legal systems, in particular in Portugal, Spain and the United States, especially when there is default on housing loans.

The essential issue is that the mortgage, at its base, does not change much and remains the same right in rem of guarantee. What changes, and quite evidently, is the way in which this guarantee is articulated with the debtor's liability.

In practice, in systems such as the Portuguese and Spanish, the mortgage does not exhaust the debtor's liability, but rather adds to his universal patrimonial liability. This means that, in the case of housing loans, if the property is not enough to pay the debt in full, the creditor can proceed with the enforcement for the rest of the estate. In some North American states, with non-recourse loans, the logic is different, given that the liability is, as a rule, limited to the mortgaged property itself.

Basically, we are not dealing with a change in the nature of the mortgage, but rather with a change in its function. The figure retains its essence, however, the role it plays fits the way each system distributes risk in credit.

#### **Keywords**

Mortgage. Housing credit. Property liability. Real guarantees. Non-recourse mortgage. Comparative analysis.

#### **Como citar**

OLIVEIRA, M. F. O conteúdo da garantia hipotecária no crédito à habitação. Uma análise comparada. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 163-181, maio/ago. 2025.