



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Contratos de Garantia Financeira:  
da aparente legitimação do pacto comissório para o  
penhor financeiro ao abrigo do Decreto-Lei n.º 105/2004**

Maria Inês Pinheiro Crispim

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Contratos de Garantia Financeira:  
da aparente legitimação do pacto comissório para o  
penhor financeiro ao abrigo do Decreto-Lei n.º 105/2004**

Maria Inês Pinheiro Crispim

Orientador: Maria de Fátima da Silva Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

*Ao Afonso e à minha família: os pilares desta jornada.*

## Resumo

O presente estudo apresenta uma análise à proibição do pacto comissório no ordenamento jurídico português, implementada pelo legislador no artigo 694.º do Código Civil, em conjugação com o regime plasmado no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, sobre os acordos de garantia financeira. Ora, este, aparentemente, permite no contexto do penhor financeiro o recurso ao pacto comissório, isto é, que o credor em caso de incumprimento se aproprie do objeto da garantia.

Partiremos do estudo da figura do pacto comissório, da sua razão de ser, da sua pertinência no atual contexto económico-social, versando sobre a sua relação com a figura do pacto marciano. Avançaremos para uma análise da Diretiva 2002/47/CE, de 6 de junho, e do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, com o intuito de explorar os problemas teóricos e práticos suscitados por estes diplomas, procurando, aprofundadamente, responder à questão de saber, em primeiro lugar, se a proibição do pacto comissório abrange a constituição de garantias reais atípicas e, em segundo lugar, à questão se o Decreto-Lei n.º 105/2004 institui, na prática, uma verdadeira exceção à proibição da convenção comissória, prevista no artigo 694.º do Código Civil.

Palavras chave: Pacto comissório, pacto marciano, garantia financeira, penhor financeiro, execução de garantias.

## Abstract

The present study surveys an analysis of the prohibition of the commissory agreement in the Portuguese legal system, implemented by the legislator in article no. 694 of the Civil Code, in addition to the regime enshrined by the Law n.º 105/2004, of May 8th, on financial guarantee agreements, which apparently allows, in the context of the financial pledge, the recourse to the commissary pact, which translates in the hypothesis of, in the event of default, the object of the guarantee being transferred to the creditor.

We intend to initiate our study based on the analyses of the mechanism of the commissory pact itself, its reason of being, its relevance in the current economic and social context, dealing with its relationship with the figure of the *marciano* pact. We

will then proceed to an analysis of both the Directive no 2002/47/CE, of June 6th, and the Law n°. 105/2004, aiming to explore the theoretical and practical issues raised by these diplomas, seeking, in depth, to answer the question of knowing if, firstly, the prohibition of the commissory pact covers the constitution of new real guarantees (collateral), and secondly, the question of knowing if the Law n° 105/2004 implements a real exception to the prohibition of the commissory agreement, provided for in article 694 of the Civil Code.

Keywords: Commissory pact, financial guarantee, financial pledge, execution of collateral guarantees.

# Índice

Introdução.....	8
1. A proibição do pacto comissório: Apropriação do objeto da garantia pelo credor ....	10
1.1. Fundamentos da proibição.....	11
1.1.1. Tese do devedor necessitado.....	11
1.1.2. Tese da censurabilidade da usura.....	13
1.1.3. Tese da inderrogabilidade do procedimento judicial .....	13
1.1.4. Tese da subtração dos bens à garantia geral dos credores .....	14
1.2. Conclusões.....	16
1.3. Pacto comissório e pacto marciano.....	17
2. Os contratos de Garantia Financeira .....	22
2. 1. A Diretiva 2002/47/CE.....	22
2.2. O Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.....	24
2.2.1. Alienação fiduciária em garantia .....	31
2.2.2. O penhor financeiro: Enquadramento geral.....	36
3. Da aparente legitimação do pacto comissório no penhor financeiro: o artigo 11.º do Dec.-Lei n.º 105/2004 .....	40
3.1. Pacto marciano: subtipo do pacto comissório?.....	42
4. Conclusões.....	47
Bibliografia.....	49

## Introdução

A rapidez com que ocorrem hodiernamente as transações nos mercados mobiliários, bem como o impressionante fluxo financeiro e a escala global destes negócios, exigem uma positividade internacional uniforme no que à garantia das obrigações assumidas diz respeito. Estas garantias são prestadas precisamente com base nos ditos instrumentos financeiros. É, de facto, inegável, que o recurso ao crédito configura um fator de grande relevo na atividade económica. Consequente, existe uma maior necessidade de recurso à garantia das obrigações, capazes de implementar um sentimento de confiança do credor na solvabilidade do seu devedor.

Assistimos, por um lado, a uma insuficiência das garantias reais tradicionais, como a hipoteca, penhor ou consignação de rendimentos, altamente complexas e rígidas, pouco capazes de dar resposta ao crescimento do mercado. Por outro lado, é possível constatar um incremento exponencial da própria concessão de crédito, que requer que o regime de execução das garantias prestadas seja simples e célere.

Ora, esta demanda por um mecanismo que garantisse a segurança jurídica e a máxima eficiência e celeridade das transações transnacionais, permitindo simultaneamente uma diminuição dos seus custos, culminou na Diretiva 2002/47/CE, de 6 de Junho de 2002, relativa aos acordos de garantia financeira. Este diploma está integrado num movimento amplo de consagração legal das denominadas *técnicas de atenuação de risco de crédito*, categoria na qual se enquadram os acordos de garantia financeira.

A Diretiva, que foi posteriormente transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, propôs-se, não só a facilitar e simplificar a constituição de garantias financeiras ao nível comunitário, como também a permitir um aumento da liquidez nos mercados. Isto aconteceu através de dois instrumentos jurídicos inovadores: a *alienação fiduciária em garantia* e o *penhor financeiro*, com especial enfoque sobre o aparente reconhecimento do pacto comissório no âmbito do penhor financeiro, interdito no ordenamento jurídico português.

Propomo-nos, com este estudo, explorar a figura legal do pacto comissório, analisando o seu fundamento e extensão, para que possamos entender a razão da sua tão

veemente interdição, e aí questionando-nos sobre a sua comparação com a figura do pacto comissório, confrontando-as.

## 1. A proibição do pacto comissório: Apropriação do objeto da garantia pelo Credor

O pacto comissório, positivado no artigo 694º do nosso Código Civil, sob a mesma epígrafe, é definido como “*a convenção pela qual o credor fará sua coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”. Da referida norma legal cumpre ressaltar, ainda antes da clarificação do conceito base de pacto comissório, que a lei impõe a sua nulidade, sendo, deste modo, a convenção comissória “*nula, mesmo quando seja anterior ou posterior à constituição de hipoteca.*”

Na opinião de ISABEL ANDRADE DE MATOS<sup>1</sup>, a convenção comissória, tal como explanada na lei civil portuguesa exige, sucintamente, três requisitos essenciais:

Em primeiro lugar, a necessidade de verificação de uma obrigação principal que deva ser cumprida em determinado prazo.

Em segundo lugar, deve ser exigível, numa primeira abordagem, que a própria obrigação seja garantida por hipoteca – não estivesse o preceito legal em causa integrado sistematicamente no âmbito das disposições gerais do regime da hipoteca. Contudo, não olvidemos a remissão legal para o artigo 694º feita pelos artigos 678º, 665º e 753º, para os regimes do penhor, consignação de rendimentos e privilégios creditórios, respetivamente. Deste modo, clarifica o legislador a nulidade de qualquer convenção comissória integrada numa destas categorias de garantias.

Ainda para a mencionada autora, será de concluir que, na mesma senda, também o titular do direito de retenção estará impedido de fazer sua a coisa retida, tratando-se de coisa móvel, o retentor estará limitado aos direitos de um credor pignoratício, e tratando-se de coisa imóvel, poderá este executar o bem, enquanto o mesmo não for entregue, nos mesmos moldes em que o poderá fazer um credor hipotecário, prevalecendo, inclusive, sobre a hipoteca, nos termos do artigo 759º nº2 do Código Civil.<sup>2</sup>

Neste sentido, nas palavras de PESTANA DE VASCONCELOS, será indispensável estender-se igualmente a proibição do pacto comissório às garantias reais atípicas, isto é,” (...) às *figuras com uma estrutura diversa daquela prevista na lei em*

---

<sup>1</sup> Matos, Isabel Andrade de (2006), *O Pacto comissório - Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Edições Almedina, p. 25.

<sup>2</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *O Pacto comissório - Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Edições Almedina, p. 26.

*que o direito seja transferido ao credor aquando da celebração do contrato, e não já só na fase do incumprimento, e este possa extinguir a dívida, mantendo-o a título definitivo no seu património na eventualidade de incumprimento da obrigação garantida..”* São exemplos deste género de instituto, entre outros, a locação financeira restitutiva e a alienação fiduciária em garantia, cujo estudo iremos, em momento posterior, aprofundar.<sup>3</sup>

Deste modo, a transmissão da propriedade do bem dado em garantia fica, naturalmente, adstrita à verificação de uma condição suspensiva, *in casu*, o incumprimento da obrigação principal.

### 1.1. Fundamentos da proibição

Aqui chegados, é indubitavelmente fulcral, para uma compreensão lógica do instituto em análise, indagar quais os motivos que levaram o legislador a consagrar a proibição do pacto comissório e, ainda mais, a sancionar a violação da mesma com o regime da nulidade. O referido estudo será igualmente útil para uma decomposição do sentido, do alcance e de uma eventual desnecessidade - ou exagero - da proibição imposta pelo artigo 694.º do Código Civil.

Citamos, neste âmbito, JÚLIO GOMES, ao proclamar que *“as respostas às questões em torno do pacto comissório parecem depender, em última análise, da teleologia da proibição do pacto.”*<sup>4</sup> Ressalva ainda o referido autor a falta de consenso existente versando a matéria em estudo. De facto, têm sido trazidas à colação diversas posições doutrinárias que procuram justificar o impedimento do acordo comissório, que passaraemos a analisar individualmente, ainda que de forma sucinta.

#### 1.1.1. Tese do Devedor Necessitado

Das diversas correntes doutrinárias que se debruçam sobre a proibição de toda e qualquer convenção comissória, a tese do devedor necessitado surge como a que reúne o

---

<sup>3</sup> VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2019), *Direito das Garantias*, 3ª edição, Coimbra, Edições Almedina, p. 233.

<sup>4</sup> GOMES, Júlio (2004), *Sobre o âmbito de proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e pacto marciano: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-01-2003*, in *Cadernos de Direito Privado* n.º 8, Coimbra, Livraria Almedina, p. 64.

maior consenso, sendo, inclusive, altamente explorada na doutrina italiana<sup>5</sup>. Na senda desta tese, o cerne da questão prende-se com a necessidade de tutelar e acautelar o estado de inferioridade natural do devedor, evitando que o credor retire para si vantagens da situação de fragilidade económica em que se encontra o seu devedor.

Entre nós, esta tese foi acolhida por VAZ SERRA, ao defender que a justificação para o impedimento do pacto comissório na grande maioria dos ordenamentos jurídicos “*está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa muito mais valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele.*”<sup>6</sup> Também ALBERTO DOS REIS se posiciona entre os protetores da tese da tutela do devedor necessitado, afirmando que a proibição do pacto comissório “é óbvia”, no sentido em que “*como o devedor, quando dá um objeto em penhor para conseguir o empréstimo de certa quantia, se encontra, em regra, em estado de necessidade, a admissão da cláusula (...) daria lugar a espoliações escandalosas*”<sup>7</sup>.

Nesta linha de pensamento, visa então a proibição do pacto comissório, e respetiva cominação legal, buscar um eventual reequilíbrio de posições entre as partes que celebram um contrato, corrigindo possíveis injustiças.

Aqui chegados, sem desfavor da pertinência da posição apresentada, nem tampouco do inegável relevo da mesma, poderemos questionar se a tese do devedor necessitado será porventura suficiente para justificar uma cominação tão radical como a nulidade. Nas palavras de ISABEL ANDRADE DE MATOS, tal “não se afigura suficiente para explicar que o nosso Código Civil comine a sua nulidade. Não pode, portanto, aceitar-se que a proibição do pacto comissório decorra exclusivamente deste fundamento.”

Deste modo, parece-nos insuficiente, de certa forma, a tese da tutela do devedor necessitado para justificar uma tão radical consequência legal. Analisemos os seguintes fundamentos.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, na douta doutrina italiana, veja-se MASSIMO BIANCA, C. (2013), *Il divieto del patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane (Collana Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino), Nápoles, 2013.

<sup>6</sup> SERRA, Adriano Vaz (1956), *O Penhor*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 58 (Julho 1956), Lisboa, p. 217.

<sup>7</sup> REIS, Alberto (1982), *Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

<sup>8</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, p. 61.

### 1.1.2. Tese da censurabilidade da usura

Identificamos igualmente, entre nós, autores que advogam a proibição do acordo comissório tomando por base a sua usura, e conseqüente e indissociável imoralidade, merecedora de um juízo de censura ético-jurídica<sup>9</sup>.

Apesar da aparente proximidade desta tese com a analisada *supra*, é de apontar que a vertente usurária do pacto comissório é espelhada na doutrina portuguesa *o grande* fundamento que suporta a sua proibição. Nesta senda, proclama-se a usura como um vício dos negócios jurídicos em geral, ressaltando os defensores desta tese que, apesar de aqui ser possível colocar a mesma dúvida exposta na tese anterior – desnecessidade da previsão sancionatória de nulidade, não esquecendo que para os negócios usurários em geral, o legislador português impõe a mera anulabilidade - a usura é sempre uma conduta censurada pelo ordenamento jurídico português.<sup>10</sup>

ANTUNES VARELA demonstra de forma clara a sua posição neste sentido, defendendo que “*o fundamento da proibição do pacto [comissório] identifica-se, não só com a ratio da norma que pune a usura (artigo 1146.º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários*”.<sup>11</sup>

Ademais, é com frequência associada a fragilidade negocial do devedor ao benefício excessivo que o credor pode obter com o pacto comissório, mediante a apropriação automática do bem dado em garantia, em caso de incumprimento. Impõe-se o receio justificado de enriquecimento do credor a expensas do devedor, lembrando que, na maioria das vezes, o objeto da garantia é de valor superior ao do crédito.

Não obstante, e em tom de crítica à tese da censurabilidade da usura, é possível apontar que se o verdadeiro motivo da nulidade do pacto comissório passasse pela invalidade do negócio usurário, por maioria de razão, a cominação legalmente imposta seria a mesma para ambos os casos, o que não acontece. .<sup>12</sup>

### 1.1.3. Tese da inderrogabilidade do procedimento judicial

---

<sup>9</sup> VARELA, João Antunes (2011), *Das Obrigações em Geral*, Vol II, 7ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, pp. 554-555.

<sup>10</sup> Cfr. artigos 282.º e 283.º do Código Civil.

<sup>11</sup> VARELA, João Antunes (2011), *op cit*, p. 555.

<sup>12</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, p. 64.

Cronologicamente mais recente, a tese da inderrogabilidade do procedimento judicial procurou justificar a proibição da convenção comissória. Teve por base a inadmissibilidade de um acordo que atribuísse ao credor o poder de auto-execução, auto-tutela, de auto-satisfação do seu crédito, que afastaria a competência exclusiva do Estado no exercício da função executiva e de realização coerciva dos direitos de crédito. Esta linha doutrinária funda-se, então, na garantia do acesso ao Direito e aos Tribunais, tão intimamente ligada à própria proibição da autodefesa: ligação essa firmada pela consagração na Lei Fundamental, no seu artigo 20.º, da garantia de acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos direitos dos cidadãos.

Não obstante, são várias as críticas tecidas a esta tese, nomeadamente com base no argumento de que o princípio da exclusividade do exercício da função executiva não constitui um princípio absoluto, que inclusivamente conhece múltiplas exceções.<sup>13</sup> Nesta linha de raciocínio, sendo admitidas exceções ao referido princípio, poderia a validade do pacto comissório constituir, precisamente, uma dessas exceções, não olvidando a hipótese legalmente prevista de execução extrajudicial do penhor.<sup>14</sup> Neste ponto, optamos por concordar com a posição defendida por MARISA MONTEIRO, ao considerar que os vários desvios à regra da inderrogabilidade do procedimento judicial, bem como a considerável hipótese de integrar a celebração do pacto comissório como uma dessas exceções, desvirtua e esvazia a tese em análise.<sup>15</sup>

#### 1.1.4. Tese da subtração dos bens à garantia geral dos credores

Para os defensores desta tese, a proibição legal do pacto comissório visa, na sua génese, impedir que o património do devedor seja sonegado à garantia geral dos seus restantes credores. Quer isto dizer que a celebração de qualquer pacto comissório constituiria uma perigosa violação do princípio *par conditio creditorum*, determinado por ANTUNES VARELA como uma regra “que a nossa lei expressamente consagra,

---

<sup>13</sup> Como é o caso da cessão de bens aos credores. Cfr neste sentido VARELA, João Antunes, LIMA, Fernando Pires de (1967), *Código Civil Anotado* Volume II, 4ª Edição (2010), Coimbra, Coimbra Editora, p. 116.

<sup>14</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, p. 64.

<sup>15</sup> MONTEIRO, Marisa (2015), *Quo vadis, pacto comissório? - O artigo 694.o do Código Civil: da razão de ser ao ludíbrio e deste ao quesito da (des)necessidade de reponderação à luz do paradigma de execução do penhor financeiro*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 72-73.

que determina que os credores (comuns), sem distinção entre mais antigos e mais modernos, são (...) tratados em pé de plena igualdade.”<sup>16</sup>

Esta linha de pensamento mereceu um reconhecível acolhimento na doutrina, em especial no italiana. Já entre nós, o princípio da igualdade dos credores encontra-se previsto no artigo 604.º do Código Civil.

Neste sentido, com base no tratamento igualitário dos credores, bem como no princípio da tipicidade das garantias reais<sup>17</sup>, na mera hipótese de ser legalmente permitida a celebração de convenções comissórias, uma vez que o referido pacto não se encontra abrigado pelo princípio da tipicidade, outros credores do mesmo devedor garantidos por garantia real, como um penhor, uma hipoteca, ou um privilégio creditório sobre o bem objeto da garantia, acabariam por ser, de certa forma, surpreendidos pela existência de uma diversa causa legítima de preferência, completamente fora do seu conhecimento. Nesta situação, o poder de auto execução do credor que celebrou um pacto comissório é-lhe conferido precisamente pelo próprio pacto. Sendo certo que existem garantias reais, como é o caso do direito de retenção e dos privilégios creditórios, que não estão legalmente sujeitas a uma estrita exigência formal de publicidade (para além da própria posse), como é o caso do registo, o que acaba, neste âmbito, por levantar uma série de questões que fragilizam a posição defendida.

Resumidamente, a nulidade do pacto comissório pode ser percecionada como a sanção legalmente imposta para um acordo que resulta potencialmente num privilégio injustificado de um credor em desfavor dos seus pares.

No entanto, também esta orientação não se encontra isenta de críticas, prendendo-se a primeira com os diversos meios de conservação de garantia patrimonial que a lei coloca à disposição dos credores.

Sob outra perspetiva, podemos questionar se este entendimento não poderá constituir uma grave limitação aos poderes de disposição do devedor sobre os seus bens. A adoção da tese apresentada implicaria que *“todo e qualquer ato de disposição de bens do devedor poderia importar uma diminuição da garantia patrimonial dos seus*

---

<sup>16</sup> Vide VARELA, João Antunes (2011), *op cit.*, p. 431.

*credores, e conseqüentemente, poderia ser proibida. Tal limitação seria absolutamente inoportável (...)*<sup>18</sup>

## 1.2. Conclusões

Aqui chegados, após analisados individualmente os diversos fundamentos da proibição do pacto comissório, estamos em posição de concluir que a verdadeira essência e justificação do impedimento deste tipo de convenções assenta, na sua génese, num fundamento composto, ou seja, no somatório das diversas teses apontadas. De facto, nenhum dos argumentos é suscetível, individualmente considerado, de fundamentar na sua plenitude a proibição do pacto comissório e, em última linha, o regime sancionatório previsto para a sua violação – a nulidade.

Não obstante, reconhecemos a inegável relevância da tese relativa à tutela do devedor necessitado, considerada possivelmente como o fundamento primário da proibição da convenção comissória, da qual, ainda que indiretamente, acabam por florescer ou sobressair as restantes teses. Deste modo, voltando a relembrar que qualquer uma das teses apontadas não está, como foi analisado, isenta de críticas, tudo parece indicar para a necessidade de realmente cumular diversos fundamentos, sejam estes mais clássicos – como a tese do devedor necessitados – ou mais conservadores – como é o caso da tese da subtração dos bens à garantia geral dos credores.

Nesta senda, e como bem ensina CALVÃO DA SILVA, a sanção que o legislador conjectura para a violação do artigo 694.º do Código Civil é “consabidamente obreira da tutela do devedor, em estado de debilidade ou necessidade, das pressões do credor e também da tutela de terceiros credores.”<sup>19</sup> Da mesma opinião, JANUÁRIO GOMES advoga que a norma *supra* mencionada padece, em última análise, de um fundamento “*plúrimo e complexo, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfego, de não serem falseadas as «regras do jogo», através da*

---

<sup>18</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, p. 70.

<sup>19</sup> SILVA, João Calvão da (2017), Banca, Bolsa e Seguros, 5ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, p. 235.

*atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (...) prejuízo dos demais”.*<sup>20</sup>

Em suma, considerando que, num primeiro momento, se afigura essencial afirmar uma tutela rígida do devedor, enquanto membro mais débil de uma relação contratual, em segundo lugar, será igualmente indispensável resguardar o regime da tipicidade das garantias reais, bem como o princípio *par conditio creditorium*. Entende o legislador, nestes moldes, impedir que o devedor ceda como garantia um bem de montante manifestamente superior ao valor do crédito garantido.

Em última *ratio*, a questão em causa reconduz-se à tutela da segurança do próprio tráfico jurídico, e não exclusivamente à proteção de certos sujeitos individualmente considerados, motivo pelo qual o legislador nacional optou por condenar de forma tão premente a violação da proibição legal do pacto comissório.

Note-se igualmente que será nulo tanto o pacto comissório autónomo, como a cláusula comissória contemplada num contrato de garantia real, tendo em conta que, como foi aqui explorado, a *ratio* da mencionada sanção legal decorre do juízo de censura a que o legislador condena um mecanismo alternativo ao cumprimento, oportuno a originar comportamentos abusivos em desfavor do devedor, razão pela qual a sanção legal será aplicável em ambas as hipóteses.<sup>21</sup>

### 1.3. Pacto comissório e pacto marciano

O pacto marciano é a convenção através da qual, na hipótese de o devedor não cumprir a obrigação a que está adstrito na data do seu vencimento, a propriedade do bem oferecido em garantia será transferida para a esfera do credor, mas, desta feita, a um preço justo. Quer isto dizer que, nos moldes ditados pelo pacto marciano, o próprio credor, como condição da transferência do bem dado em garantia para a sua esfera

---

<sup>20</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa (2000), Assunção Fidejussória de Dívida, Lisboa, Edições Almedina, pp. 94.

<sup>21</sup> MONTEIRO, Marisa (2015), *op cit*, p. 117.

jurídica, constitui-se na obrigação de restituir ao devedor a quantia correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante do débito.<sup>22</sup>

O *nomen iuris* desta figura remonta ao jurisconsulto MARCIANO, pelo facto de o mesmo ser referido numa consulta a si dirigida, constante do *Corpus Iuris Civilis*, designadamente do Digesto 20, 1, 16, 9. Atestava o seguinte: “Pode assim fazer-se a entrega do penhor ou hipoteca, de sorte que, por direito do comprador, tome posse da coisa, que deve ser então avaliada pelo justo preço: neste caso, a venda parece ser de certo modo incondicional (...)”<sup>23</sup>

Ou seja, no pacto marciano, apesar de a execução da garantia ser feita extrajudicialmente, está impressa a tutela da parte mais débil, no sentido em que, na hipótese de o bem dado em garantia ser ou ter sido avaliado em valor superior ao do crédito garantido, o credor fica, como já foi mencionado, obrigado a compensar monetariamente o devedor nessa mesma diferença, como meio de suprir o desequilíbrio e falta de correlatividade entre as prestações. Contrariamente, como dita a lógica, se o valor do bem for inferior ao valor do débito, será compreensível que a obrigação apenas se extinga parcialmente, na proporção do valor do bem.

Avançando para uma análise das divergências e, conseqüentemente, das semelhanças entre os pactos comissório e marciano, cumpre relevar que, em primeiro lugar, ambas as figuras se identificam como “convenções acessórias de garantias reais que operam a transferência do bem dado em garantia para a esfera jurídica do credor seu beneficiário, em termos definitivos, e de modo automático, uma vez verificado o incumprimento da obrigação garantida.”<sup>24</sup>

Contudo, é apontada pela doutrina, principalmente na senda doutrinária italiana, uma flagrante diferença: enquanto o pacto comissório traduz, de modo quase automático, a própria extinção da obrigação garantida, através da transferência da propriedade do bem dado em garantia para a esfera do credor, independente do seu valor económico, o pacto marciano culmina na necessidade de avaliação objetiva do bem e conseqüente dedução do seu valor ao montante do crédito não cumprido. O que

---

<sup>22</sup> Para um mais profundo desenvolvimento, consultar GOMES, Manuel Januário da (2000), Assunção Fidejussória de Dívida, Lisboa, Edições Almedina, p. 95.

<sup>23</sup> Original: “*Potest ita fieri pignoris datio hypotecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, uire emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo esse venditio.*” *apud* MATOS, Isabel Andrade de (2006), *O Pacto comissório - Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Edições Almedina, p. 82.

<sup>24</sup> MONTEIRO, Marisa (2015), *op cit*, p. 95.

pode resultar, naturalmente, em três diferentes cenários: na extinção imediata da obrigação; na possibilidade de o credor se constituir na obrigação de restituir ao devedor o excesso entre o valor do bem dado em garantia e o montante da obrigação não cumprida; ou ainda, como já foi mencionado, na extinção parcial da obrigação, na medida do valor do bem cuja propriedade foi transmitida para o credor.<sup>25</sup>

Em Portugal, a generalidade dos autores nacionais tende a advogar a admissibilidade do pacto marciano, por entender estar devidamente tutelado o interesse do devedor. Não olvidemos, contudo, como de modo tão pertinente aponta MARISA MONTEIRO que “facilmente se explica que a qualificação dogmática do pacto marciano como lícito radique na visão tradicional quanto à *ratio* da nulidade do pacto comissório, não podendo deixar de se sublinhar a existência de linhas de pensamento diverso.”<sup>26</sup>

Neste sentido, encontramos JANUÁRIO DA COSTA GOMES que pautando pela validade do pacto marciano, reconhece ser esta a solução que de forma mais adequada se compadece com o exposto reconhecimento legislativo da validade de outros institutos, como a venda a retro, bem como com a razão de ser da invalidade do pacto comissório. Entende igualmente que apenas se qualifica como “venda comissória aquela em que a função de garantia se traduz numa *vantagem injustificada* para o credor.”<sup>27</sup> No mesmo sentido, apontamos REMÉDIO MARQUES ao referir, ao abrigo do contrato de locação financeira restitutiva, que “a inserção, neste complexo negocial, de cláusulas contratuais consagradoras do designado *pacto marciano* pode salvar a maioria dos negócios de locação financeira restitutiva.”<sup>28</sup>

Contrariamente ao entendimento dominante, VAZ SERRA, no âmbito dos estudos preparatórios do Código Civil, expressou a sua concordância com a proibição do pacto marciano, ao defender a sua invalidade mesmo quando o credor esteja obrigado a restituir ao devedor a diferença entre o valor do bem dado em garantia e o montante do crédito incumprido, ainda que o valor do bem tenha sido objetivamente

---

<sup>25</sup> cfr igualmente RIVACOBÁ, Ramón Durán, *La propiedad em garantia, prohibicion del pacto comissório*, pag 71 apud MATOS, Isabel Andrade de (2006), *O Pacto comissório - Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Edições Almedina.

<sup>26</sup> MONTEIRO, Marisa (2015), *op cit*, p. 97

<sup>27</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa (2000), *op. cit.*, p. 96.

<sup>28</sup> Cfr MARQUES, João Remédio (2001), “*Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios- Negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*”, in “boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, vol. LXXVII, Coimbra, p. 607.

fixado mediante as regras do mercado. Na consideração do mencionado autor, através da admissibilidade do pacto marciano “o credor apropriar-se-ia de uma coisa que o empenhador não quereria vender-lhe nessas condições, se não fosse a dificuldade económica em que se encontrava.”<sup>29</sup> No mesmo sentido, apontamos também a posição de ANA ANTUNES que direciona a invalidade do pacto marciano no sentido da tutela dos demais credores do devedor, ao defender que a “*proibição legal também se justifica por exigências de respeito pelo sistema da garantia das obrigações consagrado pelo legislador, bem como pela necessidade de garantir a ausência de violação da par conditio creditorum, não vendo, assim, em que termos poderá a cláusula marciana funcionar como um mecanismo idóneo a superar este obstáculo.*”<sup>30</sup>

No contexto doutrinário e jurisprudencial italiano é correntemente pacífica a admissibilidade do pacto marciano. Referimos autores como ELENA BERTO que sustenta a validade e licitude do pacto marciano e conseqüente invalidade e ilicitude do pacto comissório. A solução defendida justifica-se na seguinte argumentação: no pacto comissório, a correspondência entre o valor do crédito garantido e o valor do bem objeto da garantia seria meramente eventual; já no pacto marciano a correlatividade das prestações incorpora o conteúdo típico do contrato, resultando inclusive na constituição de um verdadeiro direito subjetivo do devedor à restituição do montante excedente, uma vez não cumprida a obrigação principal. Neste sentido, a referida autora defende que a “*característica diferenciadora da convenção marciana não é, portanto, a de se basear numa equivalência de valor entre a coisa objeto da transmissão e o crédito garantido, mas a de prever um mecanismo que não permita ao credor apropriar-se de qualquer excesso de valor do ativo em relação ao crédito residual.*” (tradução nossa)<sup>31</sup>

Veja-se, ainda no contexto italiano, o decidido pelo *Corte di Cassazione* a 28 de Janeiro de 2015: “*O pacto marciano (...) exclui a ilicitude da causa do negócio, que não existe mesmo com a transferência de propriedade do bem dado em garantia, se este estiver integrado em convenções de negociação definidas entre as partes que previnam abusos (por parte do credor) (...) Acredita-se, portanto, que o chamado pacto marciano*

---

<sup>29</sup> Cfr SERRA, Adriano Vaz (1960), *Penhor* in BMJ Nº 58, p. 219.

<sup>30</sup> ANTUNES, Ana (2008), *O contrato de locação financeira repositiva – Do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, UCE, Lisboa, p. 42

<sup>31</sup> BERTO, Elena (2020), *Il divieto di patto commissorio e la tipizzazione delle clausole marciiane, all'interno del diritto bancario e all'interno della materia dell'intermediazione finanziaria*, disponível em [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

*é uma ferramenta adequada para evitar a ilicitude, permitindo a utilização de um contrato financeiro.*” (tradução nossa)<sup>32</sup>

Noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente sul-americanos, onde o tema é também amplamente explorado pela doutrina, destacamos o autor venezuelano ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS, que advoga a admissibilidade do pacto marciano, defendendo que *“si la razón de ser de la prohibición legal se encuentra en la salvaguarda del principio de proporcionalidad en las garantías, debería igualmente admitirse la licitud del pacto marciano puesto que mediante su estipulación el acreedor sólo podrá hacerse propietario de la garantía por el valor que realmente tenga al momento del incumplimiento, con devolución del eventual sobrante al deudor.”*<sup>33</sup>

Volvendo ao ordenamento jurídico nacional cumpre concluir que a porção da doutrina que se pauta pela admissibilidade do pacto marciano, fá-lo depender essencialmente de dois requisitos: primeiramente, que o beneficiário da garantia reintegre na esfera jurídica do seu devedor a diferença apurada entre o valor do bem dado em garantia e o valor da dívida garantida; num segundo plano, será igualmente necessária a previsão, aquando da celebração do próprio pacto marciano, de um mecanismo objetivo de avaliação do valor exato do bem, pautado por regras de atualidade e de correção que determine o eventual valor a devolver ao prestador da garantia.<sup>34</sup> Tal mecanismo visa evitar, naturalmente, uma eventual apropriação por parte do credor de um montante que na prática ultrapasse o indispensável para assegurar o integral cumprimento do seu crédito. Não será, neste âmbito, como aqui já foi dito, exigível uma intervenção judicial, pelo que será de acolher a celebração de um pacto marciano sempre que a referida avaliação objetiva do valor de mercado do bem dado em garantia seja levada a cabo por um perito.

---

<sup>32</sup> Corte di Cassazione, secção I, Sentença de 28 Janeiro 2015, n.º1625. *Perché la c.d. clausola marciana possa conseguire l'effetto di superare i profili di possibile illiceità del lease back*, disponível em [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>33</sup> FONTIVEROS, Enrique (2020), *Consideraciones sobre la prohibición legal del pacto comisorio*, in *Revista de la Facultad de Derecho e la Universidad Católica Andrés Bello* N.º 74, Caracas. A este respeito, veja-se STOCKEBRAND, Adolfo (2009), *Algunas Consideraciones Sobre La Prohibición Del Pacto Comisorio Y El Pacto Marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, n.º 13, pp. 95-122.

<sup>34</sup> Cfr neste sentido PIRES, Catarina (2010), *“A Alienação em Garantia”*, Edições Almedina, Lisboa, p. 278.

## 2. Os contratos de Garantia Financeira

### 2. 1. A Diretiva 2002/47/CE

Os contratos de garantia financeira, como hoje os concebemos, conheceram os seus primórdios no Direito Bancário Europeu, no âmbito do qual foi desenhada a Diretiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho. Esta veio, por sua vez, complementar uma outra anterior, a Diretiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, que versava sobre o carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários.<sup>35</sup>

De facto, esta Diretiva propunha-se impor uma maior regulamentação relativa ao reconhecimento mútuo, nos diversos ordenamentos jurídicos por si abrangidos, das garantias prestadas, por forma a assegurar, por um lado, a certeza e eficácia das mesmas, e por outro, uma redução do risco sistémico tão próprio do sistema bancário e financeiro, em virtude de esta exigir “(...) o carácter definitivo da liquidação e a exigibilidade das garantias constituídas”, sendo certo que, neste contexto, se esclarece “(...) *que, por garantia, se entende qualquer meio fornecido por um participante aos restantes participantes no sistema de pagamentos e/ou de liquidação de operações sobre valores mobiliários para garantir os direitos e obrigações decorrentes da participação nesse sistema, incluindo os contratos de reporte e similares, as garantias legais e as transferências fiduciárias.*”<sup>36</sup>

Visou-se, deste modo, aumentar a liquidez dos mercados financeiros, através da criação de condições para a implementação de um sistema que incentivasse a estabilidade e harmonização jurídica do próprio mercado comunitário. Com isto, garantiu-se, simultaneamente, a livre prestação de serviços e de circulação de capitais no mercado único dos serviços financeiros.<sup>37</sup> Representou esta Diretiva uma procura pela uniformização do regime da prestação garantias no espaço da União Europeia,

---

<sup>35</sup> Para um estudo mais aprofundado, cfr CORDEIRO, António Menezes (2018), *Manual de Direito Bancário*, 6ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina, p. 614 e SILVA, João Calvão da (2017), *op cit*, p. 211.

<sup>36</sup> Cfr considerando 9 da Diretiva.

<sup>37</sup> Cfr Considerandos 2 e 3 da Diretiva.

diminuindo a incerteza no que às garantias financeiras transnacionais diz respeito, mitigando simultaneamente o risco de concessão de crédito transfronteiriço.<sup>38</sup>

Com bem ensina MACEDO GRAÇA, “a europeização de conceitos, a simplificação de formalidades aplicáveis aos contratos de garantia financeira, a uniformização dos critérios de determinação da lei aplicável e a generalizada imunização dos acordos de garantia financeira face a outras regras nacionais aplicáveis (...)” constituem exemplos de mecanismos positivados nesta diretiva, que permitiram concretizar as principais metas a que se propôs.<sup>39</sup> São estas: procurar diminuir o custo das operações financeiras; fomentar a eficiência dos mercados por via da redução das incertezas relacionadas com regimes jurídicos aparentemente contraditórios; assegurar o reconhecimento da validade e oponibilidade destes acordos; reequilibrar a liquidez global do mercado, especialmente no que diz respeito a transações efetuadas entre os principais operadores financeiros, que se encontrem garantidas por valores mobiliários; bem como assegurar a execução das próprias garantias de forma uniformizada e simples.<sup>40</sup>

Quer isto dizer que os contratos de garantia financeira passariam a ser suscetíveis de oferecer às entidades financeiras credoras uma diminuição substancial do risco inerente à concessão de crédito, bem como assegurar uma utilização mais eficaz deste género de garantias nas operações transfronteiriças.<sup>41</sup> Paralelamente, o recurso a estas garantias permitiria, do ponto de vista do devedor, uma maior facilidade no acesso ao crédito.

Com efeito, a Diretiva 2002/47/CE visou proteger a validade dos acordos de garantia financeira baseados na transferência da plena propriedade da garantia financeira. Um exemplo concreto é a eliminação da “requalificação” desses acordos (incluindo os acordos de recompra) como penhores de títulos.<sup>42</sup>

Como advoga PESTANA DE VASCONCELOS, um dos principais objetivos da Diretiva passou por subtrair as garantias financeiras a certas disposições das várias legislações nacionais que, por via de regra, as envolvem num clima de alguma

---

<sup>38</sup> Neste sentido ANDRADE, Margarida (2010), *O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Vol. I/IV, Coimbra.

<sup>39</sup> Cfr GRAÇA, Diogo Macedo (2010), *Os Contratos de Garantia Financeira*, Coimbra, Edições Almedina, p. 13.

<sup>40</sup> Considerando 12 da Diretiva.

<sup>41</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, p. 142-143.

<sup>42</sup> Considerando 13 da Diretiva.

insegurança jurídica, através da criação de “*um regime uniforme no âmbito da União Europeia que assegure que elas [as garantias financeiras] funcionarão sempre, sem se sujeitar ao risco, nas operações transfronteiriças, de aplicação de um ordenamento jurídico que possa não as admitir (...), ou não lhes conferir tutela adequada.*”<sup>43</sup>

É, de facto, fulcral garantir uma regulação harmoniosa e coerente das garantias financeiras no espaço da União Europeia, já que não raras as vezes as mais importantes entidades financeiras, nomeadamente os bancos centrais recorrem, no âmbito das suas operações de concessão de crédito, a garantias como penhores ou reportes, que acabam por permitir o exercício da atividade financeira de forma estável e segura, através da diminuição dos riscos de incumprimento da contraparte.

Por outro lado, releva-se facto de o regime espelhado na Diretiva 2002/47/CE basear-se, em grande parte, na autotutela reforçada pelo alargamento dos poderes conferidos às partes através, por exemplo, da opção de disposição pelo credor do bem dado em garantia, entre outras disposições, que posteriormente iremos abordar.

Por fim, cabe mencionar que a procura pela uniformização do regime jurídico, e simplificação de formalidades relativas aos contratos de garantia financeira, levadas a cabo pela Diretiva, não foi imposta aos Estados-Membros, já que a mesma previa a possibilidade de *opt-out*. “Contudo, razões de concorrência entre os ordenamentos jurídicos, ligadas à atividade bancária e ao custo do crédito, levaram a que quase nenhum tenha recorrido, pelo menos na sua integralidade, a essa limitação.”<sup>45</sup>

## 2.2. O Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio

Entre nós, o regime jurídico dos contratos de garantia financeira surge consagrado no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio (doravante Dec.-Lei n.º 105/2004), que assumiu a transposição da Diretiva 2002/47/CE para a lei nacional. Previamente à entrada em vigor dos mencionados diplomas, assistíamos em Portugal a um sistema de prestação de garantias prestadas a favor de instituições bancárias e financeiras verdadeiramente desatualizado e incapaz de dar resposta à necessidade de agilização e flexibilização da prestação das mesmas. LEITE CAMPOS apontava como

---

<sup>43</sup> VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2019), *op cit*, p. 320.

<sup>45</sup> cfr sobre este tema VASCONCELOS, Miguel Pestana (2019), *op cit*, p. 322.

causas originárias desta necessidade de atualização legal a insuficiência das garantias pessoais e reais tradicionais, aliada à despersonalização e massificação do recurso ao crédito, à limitação das garantias pessoais e à perda de significado económico-jurídico do património do devedor como garantia geral das obrigações, no sentido em que o credor tem cada vez mais dificuldades em conhecer exatamente os bens que compõem este património.<sup>46</sup>

De forma extremamente sucinta, constatamos que as soluções oferecidas pelo legislador à premente necessidade de regulamentação dos contratos de garantia financeira nas operações transfronteiriças (que mais afincadamente iremos desenvolver) se reconduzem ao seguinte: a consagração, a nível nacional, dos instrumentos do penhor financeiro e da alienação fiduciária em garantia; a previsão de um regime específico relativo ao desapossamento, característico das tradicionais garantias reais; a implementação de um direito de disposição do bem dado em garantia a favor do beneficiário; a flexibilização da estrutura executiva, permitindo que o beneficiário da garantia faça seu o objeto da mesma; e, por fim, relevamos a consagração de uma série de disposições excecionais em relação ao regime comum previsto no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

Aqui chegados, cumpre avançar para uma análise da substância do Dec.-Lei n.º 105/2004. Primeiramente, urge delimitar os contornos do que possamos considerar como contratos de garantia financeira. O legislador, deliberadamente ou não, optou por se abster de definir, de forma clara e direta, o que considera contratos de garantia financeira para efeitos de aplicação do Dec.-Lei n.º 105/2004. Tendo em conta que este conceito abarca instrumentos tão distintos como o penhor, a alienação fiduciária em garantia e o reporte, será perceptível esta escolha do legislador.<sup>47</sup>

Não obstante esta omissão aparentemente intencional, podemos sustentar, levando em linha de conta o mencionado nos artigos 3.º a 7.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, que um contrato de garantia financeira se traduz no acordo celebrado entre uma instituição de crédito ou entidade para o efeito equiparada e uma pessoa coletiva (artigo 3.º), visando assegurar o cumprimento de quaisquer obrigações cuja prestação consista

---

<sup>46</sup> Cfr CAMPOS, Diogo Leite (1998), “*A alienação em garantia*”, in Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal 150º Aniversário (1846-1996), Lisboa, Banco de Portugal, departamento de Serviços Jurídicos, pp. 7-9.

<sup>47</sup> Cfr neste sentido ALVES, Hugo (2010), *Do Penhor*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídica, Coimbra, Edições Almedina, p. 260.

numa liquidação pecuniária ou na entrega de instrumentos financeiros (artigo 4.º) que recaiam sobre numerário ou instrumentos financeiros (artigo 5.º) e que as partes tenham decidido submeter a um regime especial de desapossamento (artigo 6.º e 7.º)<sup>48</sup>.

A partir do momento em que não sejam observados os requisitos plasmados nestes preceitos, que naturalmente são de verificação cumulativa (artigo 2.º n.º 1), a garantia prestada poderá ser válida mas não será regida pelo Dec.-Lei n.º 105/2004.

Não obstante, a doutrina ocupou-se já de desenhar um conceito aplicável aos contratos de garantia financeira, tendo por base os traços transmitidos pelo legislador. Para CALVÃO DA SILVA “são contratos de garantias especiais das obrigações, em regra celebrados entre sujeitos financeiros para reforço preferencial do direito do credor ao cumprimento de obrigações financeiras do devedor sobre instrumentos financeiros”<sup>49</sup>. Já MENEZES CORDEIRO explica a garantia financeira como “uma garantia real, sob a forma de penhor, de fidúcia ou de reporte, concluída entre uma instituição de crédito ou entidade para o efeito equiparada e uma pessoa coletiva, destinada a assegurar obrigações pecuniárias ou instrumentos financeiros, que recaiam sobre «numerário» e que as partes tenham decidido submeter a um regime financeiro especial, legalmente previsto”<sup>50</sup>.

Iniciando pelo estudo do âmbito de aplicação do Dec. Lei n.º 105/2004, como já foi sublinhado, integram somente a definição legal de contratos de garantia financeira aqueles em que se achem verificados todos os requisitos enunciados nos artigos 3.º a 7.º do citado diploma. Note-se que os contratos de garantia financeira se distinguem em função dos seus requisitos e elementos caracterizadores, que dizem respeito aos sujeitos, às obrigações financeiras garantidas, ao objeto da garantia financeira, à necessidade de desapossamento do penhor e aos requisitos probatórios.

Relativamente aos sujeitos do contrato de garantia financeira, será necessário que o garante ou o garantido (respetivamente, prestador e beneficiário da garantia), pertençam a uma das categorias indicadas no artigo 3.º Assim, o devedor ou o credor terão de ser: “a) Entidades públicas; b) Banco de Portugal, outros bancos centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos

---

<sup>48</sup> Conforme aponta CORDEIRO, António Menezes (2018), *op cit*, p. 621, será essencial tomar em consideração que este desapossamento poderá não ser levado a cabo em termos puramente técnicos, já que não estão em causa coisas necessariamente corpóreas.

<sup>49</sup> Cfr. SILVA, João Calvão da (2017), *op cit*, p. 219.

<sup>50</sup> Cfr. CORDEIRO, António Menezes (2018), *op cit.*, p. 732.

Internacionais; c) Instituições sujeitas a supervisão prudencial, incluindo: i) Instituições de crédito, tal como definidas no n.º 1 do artigo 2.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeira; ii) Empresas de investimento; iii) Instituições financeiras, tal como definidas no n.º 4 do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de crédito e Sociedades Financeiras; iv) Empresas de seguros; v) Organismos de investimento coletivo; vi) Entidades gestoras de organismos de investimento coletivo; d) Uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação, tal como definidos, respetivamente nas alíneas e), f) e g) do artigo 2.º do Dec.-Lei n.º 221/2000, de 9 de Setembro; e) Uma pessoa que não seja pessoa singular, que atue na qualidade de fiduciário ou de representante por conta de uma ou mais pessoas, ou qualquer instituição tal como definida nas alíneas a) a d); f) Pessoas coletivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas alíneas a) a d)”.

É de ressaltar, com base no mencionado elenco, que Portugal escolheu não exercer o direito de *opt-out* que lhe era reconhecido, ao consagrar a aplicação do regime aplicável aos contratos de garantia financeira igualmente quando uma das partes seja uma pessoa coletiva diversa das indicadas nas alíneas (*supra* transcritas) do diploma.<sup>51</sup> Tal previsão constitui, indubitavelmente, uma importante ampliação do campo de aplicação do Dec.-Lei n.º 105/2004 e, portanto, do número de casos práticos sujeitos ao seu regime.<sup>52</sup> Como aponta ISABEL ANDRADE DE MATOS, através da simples inclusão das pessoas coletivas como uma das categorias de sujeitos a que se aplica o regime consagrado no diploma em apreço, ficarão abrangidas no âmbito de aplicação deste diploma legal situações, por exemplo, em que determinada pessoa coletiva (na qualidade de devedor) constitua um penhor sobre o saldo de um depósito bancário de que seja titular junto de determinada instituição de crédito para garantir as responsabilidades assumidas em virtude de um financiamento que aquela instituição lhe tenha feito.<sup>53</sup>

Avançando para as obrigações financeiras garantidas pela garantia prestada, de acordo com o artigo 4.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, constituirão obrigações financeiras

---

<sup>51</sup> Apenas a Áustria exerceu o direito de *opt-out*.

<sup>52</sup> Cfr no mesmo sentido ALVES, Hugo (2020), *Breves notas sobre o penhor financeiro*, in Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade De Lisboa, Vol. LXI (2020) 2 p. 358, e MONTEIRO, Marisa (2015), *op cit.*, p. 217. Em sentido contrário, VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2019), *op cit.*, p. 324 ao considerar que “Não é possível saber se por inércia [do legislador] se de caso pensado. Não cremos haver entre nós justificação para esse alargamento subjetivo.”

<sup>53</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit.*, p. 144 e 145.

garantidas quaisquer obrigações abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros. No entanto, a obrigação em entrega de instrumentos financeiros poderá traduzir-se igualmente no empréstimo de valores mobiliários (artigo 350.º CVM). Como se verifica, o conceito de numerário traduz-se em dinheiro sob a forma escritural, excluindo, naturalmente, notas e moedas (artigo 5.º al. a)). Contrariamente, com base no disposto na alínea b) do mesmo preceito, por instrumentos financeiros devemos entender “valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos”.

Neste sentido, conforme aponta CALVÃO DA SILVA, encontram-se aqui abrangidos empréstimos bancários e interbancários, créditos concedidos para a realização de operações sobre valores mobiliários em que intervém a entidade concedente do crédito ou empréstimos de valores mobiliários.<sup>54</sup>

Será de ressaltar que as obrigações garantidas tanto podem ser futuras como condicionais, bem como obrigações do próprio garante ou de terceiro.<sup>55</sup>

Prosseguindo para o objeto da garantia financeira, como mencionado *supra*, este deverá obrigatoriamente consistir no saldo disponível de uma conta bancária ou créditos similares que confirmem direito à restituição de dinheiro, ou valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos referidos, entendidos no sentido igualmente acima referido. Neste aspeto, afigura-se pertinente ter em conta a circunstância de o âmbito de aplicação objetiva do diploma ser profundamente restrito. De facto, conforme assinala PESTANA DE VASCONCELOS, o seu devedor será um banco e estarão em causa créditos decorrentes de depósitos à ordem<sup>56</sup>. Ademais, tal como já referido, o dinheiro físico estará banido do objeto da garantia, já que o cerne da questão será um direito de crédito, e não *species* físicas.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> SILVA, João Calvão da (2017), *op cit.* p. 301.

<sup>55</sup> As obrigações condicionais incluem, por exemplo, os swaps, futuros, opções ou outros instrumentos derivos. Cfr artigo 2.º n.º 1 al. f) (i) (ii) da Diretiva 2002/47/CE. Tal como aponta Pestana de Vasconcelos, neste ponto não foi transposta a Diretiva porque, na verdade, não era necessário. *op cit.* p. 325.

<sup>56</sup> VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol II, Almedina, p. 1283.

<sup>57</sup> A este respeito, veja-se o Ac. TRL 19/04/2012 (SILVA SANTOS) processo 2665/10.6TVLSB.L1-8, que exclui do campo de aplicação do Decreto-Lei nº 105/2004 depósitos a prazo: “Face ao que se dispõe

Ainda em relação ao saldo disponível em conta bancária, cumpre não olvidar que este diz respeito ao direito à restituição, conforme, aliás, já decorria do Considerando 18 da Diretiva 2002/47/CE, que afirmava expressamente: “(...) Por numerário entende-se exclusivamente o dinheiro representado por um crédito sobre uma conta ou por créditos similares sobre a restituição de dinheiro (como os depósitos no mercado monetário), o que exclui explicitamente as notas de banco.”. No tocante a instrumentos financeiros, estes abarcam uma realidade bastante abrangente. Efetivamente, o legislador refere-se a *valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos*.

Avançamos, agora, para uma mais profunda análise da necessidade de desapossamento do objeto da garantia no âmbito dos contratos de garantia financeira. Ora, neste âmbito, o artigo 6º do Dec.-Lei n.º 105/2004 exige que o objeto da garantia seja “efetivamente prestado”, considerando-se como o objeto que haja “*sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que atue em nome deste, incluindo a comosse ou o controlo conjunto com o proprietário*”.

Deste modo, em sede de garantia financeira, o que se afigura como verdadeiramente essencial é que, ainda que simbólico, o desapossamento do devedor represente a sua privação do objeto do penhor e, isto, é que este fique no controlo do beneficiário da garantia e seja subtraído à disponibilidade do devedor. Tal exigência justifica-se pelo regime previsto no Dec. Lei n.º 105/2004 em matéria de execução da garantia e de mecanismos de uso e disposição do bem dado em garantia por parte do beneficiário, que pressupõem, necessariamente, que tenha havido um desapossamento.<sup>58</sup>

Por fim, o último pressuposto de aplicação do regime dos contratos de garantia financeira é de natureza formal: impõe o artigo 7.º do Dec. Lei n.º 105/2004 que tanto o contrato de garantia financeira, como a própria garantia prestada sejam suscetíveis de

---

no artigo 5º do Decreto-Lei no 105/2004, de 8 de Maio, a garantia tendo por objecto depósito a prazo está excluída do âmbito objecto de tal diploma.”, Ac. TRP 14/03/2013 (ANABELA LUNA DE CARVALHO ) processo 2156/08.5TBVFR.P1: “a compensação convencional bancária, previamente, acordada em qualquer negócio, de que possam resultar créditos do banqueiro sobre o seu cliente, é compatível com a possibilidade de o banco debitar as importâncias que lhe sejam devidas, em quaisquer contas de que o mutuário ou os garantes sejam titulares, únicos ou no regime de solidariedade. O penhor bancário constitui assim um suplemento de garantia usada no tráfego bancário.”, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>58</sup> Cfr neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *op cit.*, p. 828.

prova por documento escrito, ou por forma juridicamente equivalente, na qual se compreendem o suporte eletrónico ou outro suporte duradouro relevante<sup>59</sup>.

Investigando o sentido do enunciado linguístico da norma, dela resulta que a necessidade de forma se prende apenas com uma questão de prova, sendo certo que a referência ao documento escrito surge na perspetiva deste enquanto meio de prova do contrato e da própria garantia: “O presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam suscetíveis de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente”. Não olvidando que, por definição doutrinária, formalidade *ad probationem* é a que pode suprir-se por outros meios de prova, por exemplo, por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, por escrito (artigo 364.º n.º 2 do Código Civil). Neste âmbito, será de ressaltar a opinião de MENEZES CORDEIRO, ao afirmar não estarmos perante uma formalidade *ad probationem*, mas sim *ad substantiam* como a própria lei implica, já que os contratos de garantia financeira devem ser celebrados, e não apenas suscetíveis de serem provados, por escrito ou em suporte equivalente.<sup>60</sup>

Quanto à prova da prestação da garantia propriamente dita, exige-se que esta permita identificar o objeto correspondente. Ora, especificava o legislador, na redação antiga do artigo 7.º n.º4 do Dec. Lei n.º 105/2004, o que seria considerado suficiente para a identificação do objeto da garantia, dependendo de qual fosse efetivamente o objeto prestado: ora, previu o legislador que, quando o penhor financeiro incida sobre numerário, será necessário proceder ao seu registo na conta do prestador; já no caso de alienação fiduciária em garantia também sobre numerário, deve proceder-se ao registo na conta do beneficiário<sup>61</sup>; estando em causa penhor financeiro sobre valores mobiliários, é exigido o registo na conta do seu titular ou, nos termos da lei, em particular do artigo n.º 81 n.º2 do CMV, que regula os casos em que o direito de voto tenha sido atribuído ao credor pignoratício; por fim, estando em causa alienação fiduciária sobre valores mobiliários escriturais, dever-se-á efetuar o devido registo da aquisição fiduciária.

---

<sup>59</sup> Nos termos do artigo 3.º n.º 1 do Dec.- Lei n.º 290-D/99, relativo ao regime jurídico dos contratos eletrónicos, “O documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita.”

<sup>60</sup> CORDEIRO, António Menezes (2018), *op cit.*, pp. 828 e 829, sublinha que “estariamos perante uma forma *ad probationem* com a seguinte especialidade: mesmo na falta de forma escrita, o contrato poderia ser provado por confissão ... escrita. (...) Além disso, admitir contratos de garantia financeira não escritos, mas cuja prova fosse escrita, abriria a porta a dúvidas.”

<sup>61</sup> Cfr neste sentido MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, p. 148.

No entanto, o mencionado regime foi entretanto substituído e revogado pelo Dec.-Lei. 192/2012, de 23/8, que introduziu um regime probatório mais favorável, passando apenas a prever uma disposição somente aplicável a créditos sobre terceiros que as instituições de crédito prestem como garantia ao banco central no âmbito de operações de cedência de liquidez (exigindo para estes “a inclusão numa lista de créditos apresentada ao beneficiário da garantia por escrito, ou de forma juridicamente equivalente à forma escrita”). Passou então a haver apenas um caso em relação ao qual o legislador previsse expressamente o que se entendia por suficiente em termos probatórios.

Contudo, neste âmbito destacamos a consideração assertiva de PESTANA DE VASCONCELOS ao defender que *“não cremos que tenha sido este o resultado querido pelo legislador. Em primeiro lugar porque essas alíneas [revogadas] correspondiam a disposições da diretiva que o diploma transpõe (diretiva 2002/47/CE). Em segundo lugar, não vemos por que razão o legislador viria agora introduzir insegurança jurídica numa matéria como esta, já de si de grande complexidade. (...) Tudo indica a concluir que se tratou de um lapso do legislador.”*<sup>62</sup>

Continuando, para além do disposto nos artigos 6.º (quanto ao desapossamento) e 7.º (relativamente aos requisitos probatórios da celebração do contrato), o artigo seguinte, embora ressalvando o disposto no artigo 7.º, refere que as exigências formais não são condição de validade dos contratos de garantia financeira, nem tampouco das garantias financeiras prestadas, dizendo expressamente: “Sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º e 7.º, a validade, a eficácia ou a admissibilidade como provas de um contrato de garantia financeira e da prestação de uma garantia financeira não dependem de qualquer ato formal” (artigo 8.º n.º 1 do Dec. Lei n.º 105/2004).

### 2.2.1. Alienação fiduciária em garantia

MENEZES LEITÃO define a alienação fiduciária em garantia como a situação que se verifica quando o devedor ou terceiro procede à alienação de um bem para o credor, para garantia do cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor apenas

---

<sup>62</sup> VACONCELOS, Miguel Pestana de (2019), *Garantia das Obrigações*, *op cit.*, p. 332.

a utilizar o bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação a que serve de garantia.<sup>63</sup>

No que diz respeito à consagração desta figura legal no diploma aqui em estudo, na consideração de PESTANA DE VASCONCELOS<sup>64</sup>, esta não constitui, em si, qualquer novidade introduzida pelo Dec. Lei n.º 105/2004, relembrando que já existiam no nosso sistema diversas figuras típicas que consistem em verdadeiros negócios fiduciários em garantia<sup>65</sup>.

A vertente transformadora desta garantia encontra-se precisamente no seu regime legal, trazido, agora sim, pelo Dec. Lei. n.º 105/2004, no que versa sobre a retransmissão do objeto de garantia e sobre o seu tratamento em caso de insolvência do devedor. PESTANA DE VASCONCELOS afirma que “o elemento central é a transmissão de um direito, e não, como se diz no art. 2.º n.º 2, do Dec. Lei n.º 105/2004, da propriedade, porque podemos estar simplesmente, face a uma cessão de créditos – com a função de assegurar uma obrigação: a obrigação financeira garantida.” O mencionado autor acrescenta ainda que a lei se foca exclusivamente neste aspeto, deixando na sombra o contrato de onde emerge a obrigação garantida.<sup>66</sup>

A alienação fiduciária em garantia traduz-se, como a própria designação o indica, num negócio fiduciário. Como tal é encarado com alguma reticência no nosso ordenamento, em virtude de os próprios negócios fiduciários serem suscetíveis de ter como fim a prossecução de finalidades simulatórias. Esta figura, bem como os negócios fiduciários na sua generalidade, têm vindo a ser amplamente admitidos no Direito Alemão, sistema que é baseado, no que à transferência da propriedade diz respeito, no princípio da abstração.

Entre nós, como referido, a questão não é pacífica. Dividimos o entendimento doutrinal em duas posições distintas: uma primeira que rejeita a alienação fiduciária por considerar que, no nosso ordenamento, que tem por base um sistema causal, não seriam admissíveis transmissões abstratas, por não se subsumir em nenhum dos negócios

---

<sup>63</sup> LEITÃO, Luís Menezes, *op cit*, p. 262.

<sup>64</sup> VACONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, *op cit*, pp. 1294 e ss.

<sup>65</sup> Como é o caso do contrato de reporte e da locação financeira. Note-se que reporte é mesmo considerado uma modalidade do contrato de alienação fiduciária em garantia (art. 2.º, n.º 3, do Dec. Lei n.º 105/2004, de 8 de maio).

<sup>66</sup> VACONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, *op cit*, p. 1295

transmissivos da propriedade expressamente previstos na lei. Para além disso, para os autores defensores desta posição, a alienação fiduciária em garantia é passível de constituir uma fraude à lei, uma vez que permitiria afastar as normas legais protetoras da posição do devedor, previstas para o penhor e para a hipoteca.<sup>67</sup>

No espectro oposto, encontramos doutrinários para os quais a fidúcia não constitui necessariamente uma possibilidade de simulação. Para estes, a alienação fiduciária em garantia não é um mecanismo necessariamente secreto, e uma eventual fraude à lei não obstará à sua admissibilidade enquanto garantia, mas apenas a àquela que fosse, de facto, fraudulenta.<sup>68</sup>

A este propósito, será igualmente de ressaltar que os Tribunais Portugueses têm vindo a consentir na admissibilidade da alienação fiduciária em garantia.<sup>69</sup>

É inegável que a alienação fiduciária em garantia constitui, efetivamente, um negócio fiduciário, uma vez que, por força do princípio da tipicidade dos direitos reais, a obrigação de restituição do bem após o cumprimento da obrigação, que recai sobre o beneficiário da garantia, encontra-se sujeita ao regime geral das obrigações. Isto é, se o credor fiduciário violar a sua obrigação e vender o bem objeto da garantia a um terceiro, o devedor fiduciante que prestou a garantia terá somente o direito a ser indemnizado, uma vez que este não é dotado de eficácia real.

Isto é, a alienação fiduciária em garantia não atribui ao devedor fiduciante o direito de, na hipótese de o credor fiduciário desrespeitar a obrigação por ele assumida, fazer valer a sua pretensão e de readquirir a propriedade do bem.

Ora, na prática, o que se verifica realmente na alienação fiduciária é quando se constitui um verdadeiro direito real de garantia, não olvidando que o credor assume, pois, a propriedade plena do bem. Contudo, ao invés de fazer uso dos poderes que constituem o direito de propriedade, o credor irá circunscrever, como se referiu, o exercício desses direitos à verificação do incumprimento da obrigação garantida.

---

<sup>67</sup> Neste sentido, cfr SANTOS, José Beza dos (1921), *A Simulação em Direito Civil*, I, Coimbra Editora, p. 120.

<sup>68</sup> ASCENSÃO, José Oliveira (2003), *Teoria Geral do Direito Civil, II – Ações e factos jurídicos*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 308 e 326; e VASCONCELOS, Pedro Pais de (2009), *Contratos Atípicos*, Teses de Doutoramento Almedina, pp. 277 e ss.

<sup>69</sup> Cfr Ac. STJ 28/03/2006 (PINTO MONTEIRO), Ac. STJ 16/03/2011 (LOPES DO REGO), processo 279/2002.E1.S, Ac. STJ 26/04/2018 (FERNANDA ISABEL PEREIRA) processo 2037/13.0TBPVZ.P1.S1, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Na prática, a coisa alienada em garantia poderá inclusivamente continuar na posse do devedor, apesar de o respetivo direito de propriedade ter sido transmitido para o credor, ainda que apenas com uma finalidade garantística.<sup>70</sup>

Naturalmente, em caso de incumprimento da obrigação por parte do devedor, o credor terá na sua esfera o direito de ficar com o bem ou, em alternativa, de o alienar novamente a terceiros, satisfazendo, nesta hipótese, o seu crédito do através produto da venda. Caso se verifique o incumprimento, o credor constituir-se-á na obrigação de restituir ao devedor o eventual remanescente entre valor do bem e o da obrigação incumprida.

Não sendo a alienação fiduciária em garantia acessória da obrigação principal, o beneficiário da mesma adquire e conserva a propriedade do bem, mesmo que a obrigação principal não se venha a constituir ou até mesmo quando esta se extinga. Deste modo, na ausência de acessoriedade convencionada pelas partes, no caso de a obrigação principal se extinguir, o devedor terá sempre a possibilidade de lançar mão do instituto do enriquecimento sem causa.<sup>71</sup>

Contrariamente, em caso de cumprimento pontual da obrigação assumida deverá o credor restituir, no sentido de retransmitir, a propriedade do bem dado em garantia, ou, em alternativa, objeto equivalente. Esta restituição poderá corresponder a uma obrigação assumida pelo credor ou decorrer de uma condição resolutiva a que as partes tenham subordinado a transferência da propriedade.

Volvendo agora a uma análise do regime da alienação fiduciária em garantia enquanto contrato de garantia financeira, cumpre ressaltar que o objetivo do legislador comunitário, ao incluir os acordos com transferência de propriedade no âmbito da Diretiva 2002/47/CE, terá sido de evitar os riscos de requalificação do contrato, efetuada com base na lei do foro aplicável, sujeito a uma possível declaração de

---

<sup>70</sup> AC. do TRE 28/02/2019 (MARIA DOMINGAS) processo 2603/17.5T8STB.E: “ a alienação em garantia é o negócio nos termos do qual um sujeito (prestador da garantia) transmite a outro (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem ou de um direito, com a finalidade de garantia de um crédito, ficando o beneficiário da garantia obrigado, uma vez extinta esta finalidade, a retransmitir-lhe aquela mesma titularidade. E porque a transmissão da propriedade tem um propósito meramente garantístico, a disponibilidade material do bem pode manter-se no devedor/fiduciante.”

<sup>71</sup> Cfr neste sentido LEITÃO, Luís Menezes (2019), *op cit*, p. 266.

nulidade deste tipo de acordos, à luz de um ordenamento que os tipificasse como inválidos.<sup>72</sup>

Na consideração de ANDRADE DE MATOS, o reconhecimento legal da transmissão da propriedade a título de garantia constitui, sem dúvida, umas das novidades mais importantes introduzidas no nosso ordenamento jurídico. O nosso legislador circunscreveu o regime aplicável à alienação em garantia a apenas duas disposições do Dec.-Lei n.º 105/2004.

Começando por analisar o regime vertido no Dec.-Lei n.º 105/2004, ao abrigo do artigo 14.º, o beneficiário da garantia pode, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas, proceder de uma de três formas - apenas em caso de cumprimento da obrigação por parte do devedor. Primeiramente, o credor pode restituir ao prestador da garantia o bem prestado ou objeto equivalente, o que só poderá ocorrer se o credor beneficiário da garantia não tiver entretanto alienado o bem a terceiro, no exercício do seu direito de disposição que caracteriza a propriedade (alínea a)). Em segundo lugar, pode o credor entregar ao prestador da garantia quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objeto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios razoáveis (alínea b)). Por último, pode ainda o beneficiário da garantia prestada livrar-se da sua obrigação por meio de compensação, obrigando-se o credor a restituir um eventual excedente que possa existir (alínea c)). Em caso de incumprimento, a propriedade do bem alienado consolida-se na esfera do credor, sem prejuízo da avaliação objetiva do valor do bem, que deverá sempre ser levada a cabo para efeitos de restituição ao prestador de um possível excesso.

Como destaca PESTANA DE VSCONCELOS, e no sentido do *supra* mencionado, o artigo 14.º “carece de ligeira interpretação corretiva porque, em regra, o cumprimento da obrigação de restituição só tem que se fazer após o cumprimento da obrigação garantida. Só nessa eventualidade o objeto da garantia terá que ser retransmitido. Mesmo que as partes convencionem que o cumprimento da obrigação

---

<sup>72</sup> Lê-se no preâmbulo do Dec.-Lei n.º 105/2004: “Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposto pelo artigo 1306.º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor.”

garantida constituirá a condição resolutiva que leva à retransmissão do bem fiduciário, ainda assim, em primeiro lugar será necessário o cumprimento.”<sup>73</sup>

Seguidamente, o artigo 12.º do Dec. Lei n.º 105/2004, aplicável à alienação fiduciária em garantia por força do artigo 15.º do mesmo diploma, alude à possibilidade de as partes – prestador da garantia e beneficiário – convencionarem o vencimento antecipado da obrigação de restituição do beneficiário da garantia e o cumprimento da mesma por compensação, caso ocorra um facto que desencadeie a execução. Neste caso, acordam as partes no vencimento antecipado das obrigações, passando estas a ser imediatamente devidas e exigíveis. Estamos perante uma cláusula de *close-out netting*, mediante a qual a verificação de um *event of default* (evento de incumprimento) determina o vencimento antecipado da obrigação de restituição do bem objeto da garantia, cumprindo-se a sua obrigação por compensação, o que implica naturalmente uma avaliação do valor do bem.<sup>74</sup>

Por fim, será de atentar na circunstância de o legislador não ter previsto expressamente a que condições, forma ou modalidades deve estar sujeita a transferência da propriedade da garantia do prestador para o beneficiário, limitando-se apenas a referir que o reporte é uma modalidade de alienação fiduciária em garantia.

### 2.2.2. O penhor financeiro: enquadramento geral

O Decreto-Lei n.º 105/2004 apresentou no ordenamento jurídico nacional o tipo contratual legal do contrato de garantia financeira, novo entre nós, acompanhado de um novo tipo de penhor: o penhor financeiro.<sup>75</sup>

O penhor financeiro surge particularmente regulado nos artigos 9.º a 13.º do Dec. Lei n.º 105/2004, sendo plasmado com características muito particulares, que o afastam do regime civil previsto para o penhor de coisas, nos artigos 666.º e seguintes do Código Civil, bem como para o penhor de direitos, à luz dos artigos 679.º e seguintes do Código Civil, tomando em linha de conta que o objeto da garantia não é,

---

<sup>73</sup> VACONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, *op cit*, p. 1296.

<sup>74</sup> Cfr neste sentido, GRAÇA, Diogo Macedo (2010), *op cit*, p. 71 e SILVA, João (2017), *op cit*, p. 323.

<sup>75</sup> Para maior desenvolvimento, consultar sobre o penhor financeiro consultar GRAÇA, Diogo Macedo (2010), *Os Contratos de Garantia Financeira*, Coimbra, Edições Almedina, ALVES, Hugo (2010), *Do Penhor*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídica, Coimbra, Edições Almedina, pp. 269 e ss.

efetivamente, uma coisa corpórea. Deste modo, o regime civil previsto para o penhor ocupa o lugar de disciplina supletiva.

Na senda do defendido por MENEZES CORDEIRO, o penhor financeiro poder-se-á definir como “uma garantia caracterizada pela entrega do seu objeto ao credor pignoratício ou ao tomador de garantia sem que, por isso, a propriedade se transfira para este último.”<sup>76</sup>

Ora, o Dec. Lei n.º 105/2004 introduziu e regulou um penhor que pode assumir três modalidades: penhor financeiro simples, com direito de disposição e com (aparente) possibilidade de recurso ao pacto comissório, sendo que uma das principais especialidades que contatamos no regime consagrado prende-se precisamente com a previsão de um direito de disposição do objeto da garantia por parte do credor beneficiário da mesma, desde que tal possibilidade tenha disso expressamente convencionada pelas partes. Quer isto dizer que o credor terá na sua esfera o direito de alienar ou onerar o bem dado em garantia, atingindo assim um efeito semelhante ao de um penhor rotativo.

Ou seja, com base no acordado expressamente entre as partes, o devedor empenhador consente que o credor disponha do objeto da garantia, ainda que previamente ao vencimento da obrigação, transformando-o em liquidez ou dando-o inclusivamente em garantia. Em qualquer destes casos o objeto da garantia passa efetivamente a ser outro, em sua substituição, considerando-se os efeitos da garantia transferidos para este. O empenhador, receberá, em princípio, a quantia monetária equivalente à atribuição deste direito de disposição.<sup>77</sup>

Assim sendo, podem as partes convencionar a atribuição ao credor pignoratício do direito de dispor do objeto da garantia “como se fosse seu proprietário” (artigo 9.º, n.º 2 Dec. Lei n.º 105/2004). Não obstante, o exercício deste direito depende, quanto aos valores mobiliários escriturais, de menção no respetivo registo de conta, bem como, para valores mobiliários titulados, de menção na conta de depósito (artigo 9.º, n.º 3 do Dec. Lei n.º 105/2004).

---

<sup>76</sup> CORDEIRO, António Menezes (2018), *op cit.*, p. 831.

<sup>77</sup> VACONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, *op cit*, p. 1287.

Note-se, contudo, que dispõe o artigo 10.º do Dec. Lei n.º 104/2005 sobre os efeitos do exercício de disposição, impondo que o exercício do mesmo deve dar-se até à data convencionada pelas partes, cabendo ao credor pignoratício: (i) restituir ao prestador objeto equivalente em substituição da garantia prestada, em caso de cumprimento das obrigações financeiras assumidas; (ii) Entregar (a) quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objeto da garantia tenha no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis ou (b) compensar a obrigação de restituição do objeto equivalente originalmente prestado com o montante das obrigações financeiras garantidas.

Como se pode concluir, a solução supletiva para o exercício do direito de disposição é a restituição, verificando-se o cumprimento da obrigação, de um objetivo equivalente que substitui, para todos os efeitos, a garantia original prestada. Isto é, retransmitindo um objeto equivalente, tudo se passa como estivesse face ao objetivo inicial do penhor.<sup>78</sup>

Nos termos do artigo 13.º do diploma, considera-se como objeto equivalente: (i) no caso de numerário, um pagamento do mesmo montante e na mesma moeda (ii) no caso de instrumentos financeiros, terão de ser do mesmo emitente ou devedor, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação, ou outros instrumentos financeiros, quando o contrato de garantia financeira o preveja, na ocorrência de um facto respeitante ou relacionado com os instrumentos financeiros prestados enquanto garantia financeira original.

É ainda de ressaltar que podem as partes convencionar o vencimento antecipado da obrigação de restituição do objeto da garantia, bem como o cumprimento da mesma por compensação, no caso de ocorrer um facto que desencadeie a execução, como seria o caso de não cumprimento do contrato, “ou de qualquer facto a que as partes atribuam efeito análogo” (artigo 12.º, n.º 1). Estamos novamente perante um cláusula *close-out netting*, que, como ensina PESTANA DE VASCONCELOS, permite que logo que se verifique determinado facto, como a insolvência de devedor (...), se “acelere o contrato”

---

<sup>78</sup> cfr CORDEIRO, António Menezes (2018), *op cit*, p. 832, e VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, *op cit*, p. 1288.

através do vencimento antecipado da obrigação de restituição e extinção de ambos os créditos por compensação.”<sup>79</sup>

Ademais, parece pertinente sublinhar que o direito de disposição do objeto da garantia por parte do credor pignoratício apenas está consagrado, no contexto dos contratos de garantia financeira, para o penhor financeiro. De facto, num caso de alienação fiduciária em garantia que pressupõe a transferência da propriedade sobre o bem dado em garantia para o credor beneficiário, não se vislumbra justificação para a previsão legal de um direito de disposição, já que esta faculdade é inerente ao funcionamento da alienação fiduciária em garantia.

Neste ponto, sublinhamos o defendido por RAMOS ALVES, ao concluir que, na senda dos contratos de garantia financeira, a distinção levada a cabo pelo legislador surge como meramente heurística, já que, no caso do penhor financeiro, o credor pode exercer o seu direito de disposição, ainda que posteriormente proceda à restituição do bem objeto da garantia, sem que seja afetado o benefício oferecido pela data de constituição do penhor, faculdade esta que é igualmente concedida na senda da alienação fiduciária em garantia.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> VACONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, *op cit*, p. 1289.

<sup>80</sup> ALVES, Hugo (2010), *op cit.*, 278.

### 3. Da aparente legitimação do pacto comissório no penhor financeiro: o artigo 11.º do Dec.-Lei n.º 105/2004

Em matéria de execução do penhor financeiro, constatamos neste diploma semelhanças assinaláveis em relação aos meios de execução das demais garantias reais, bem como à regulação de execução do penhor civil e mercantil.

Escreveu o legislador nacional no preâmbulo do diploma: *“Outra das novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil. (...) Este «direito de apropriação» visa dar resposta à necessidade de existência de mecanismos de execução das garantias sobre ativos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização do bem.”*

Por outro lado, dispõe o artigo 11.º n.º1 do Dec. Lei n.º 105/2004, sob a epígrafe *“Pacto Comissório”*: *“No penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seu o objeto da garantia mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor, quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras garantidas: a) Se tal tiver sido convencionado pelas partes; b) Se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros e dos créditos sobre terceiros dados em garantia.”*

Para PESTANA DE VASCONCELOS, a interpretação correta que deverá extrair-se da mencionada norma será a seguinte: *“o credor deve poder escolher como forma de execução da garantia entre a sua venda e a apropriação, nos termos previstos na lei. Contudo, só poderá recorrer a esta última modalidade de execução se as partes o tiverem acordado.”*<sup>81</sup>

Resulta claro que, na consideração do referido autor, tanto a convenção entre as partes (alínea a)), como a necessidade de acordo em relação à avaliação do bem (alínea b)), apenas serão exigíveis na hipótese de apropriação direta da garantia, contrariamente ao plasmado no artigo 11º do Dec.-Lei n.º 104/105, que deverá ser interpretado restritivamente, à luz do consagrado no artigo 4º n.º 2 da Diretiva 2002/47/CE<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> LEITÃO, Luís Menezes (2019), *op cit*, p. 340.

<sup>82</sup> Dispõe a norma: *“2. A apropriação só é possível nos seguintes casos: a) Ter sido convencionada entre as partes no acordo de garantia financeira com constituição de penhor; e b) Ter existido acordo entre as*

Ora, é de sublinhar que o n.º 3 do artigo 4.º da Diretiva 2002/47/CE atribuiu de forma expressa aos Estados-Membros direito de *opt-out* relativamente à admissão do pacto comissório se, em 27 de junho 2010 (data de publicação da diretiva), previssem já no respetivo ordenamento a proibição do acordo comissório. Este era, efetivamente, o caso do ordenamento português, que prevê a proibição da faculdade de apropriação do objeto da garantia no artigo 694.º do Código Civil. Ainda assim, o nosso legislador entendeu justificado afastar-se da proibição do regime-regra. Poderemos, neste ponto, questionar quais terão sido os motivos que estiveram na base desta decisão do legislador.<sup>83</sup>

Não olvidemos que a Diretiva 2002/47/CE versa sobre contratos de garantia prestada no âmbito de concessão de financiamento que, na sua grande maioria, constituem operações financeiras transnacionais e plurilocalizadas, que naturalmente se confrontam com regras extremamente díspares consagradas nos vários ordenamentos jurídicos estrangeiros que, por regra, no tocante a direitos reais, preveem tipos normativos rígidos, tal como se vislumbra precisamente no ordenamento jurídico português.

Deste modo, seria de todo conveniente para o próprio comércio jurídico-financeiro a definição de uma moldura legal simples, célere e principalmente mais harmonizada no que diz respeito à execução de garantias dentro dos diversos Estados-Membros. O fim último é de reforçar a garantia dos credores de obrigações pecuniárias ligadas a instrumentos financeiros.

Numa outra perspetiva, no que diz respeito à tutela do devedor vulnerável - de proteção do aproveitamento usurário da posição de fragilidade em que este, por regra, se encontra, que surge na base da proibição do pacto comissório, no âmbito dos contratos de garantia financeira - adotamos a posição de ISABEL ANDRADE DE MATOS. Considera a autora que o legislador presumivelmente terá entendido que os riscos associados à faculdade de apropriação por parte do credor ficavam fortemente mitigados através da previsão dos diversos requisitos impostos.<sup>84</sup>

Por outro lado, será ainda de notar que no âmbito da celebração de contratos de garantia deparamo-nos, em qualquer caso, com sujeitos financeiros que possuem

---

*partes sobre a avaliação dos instrumentos financeiros no quadro do acordo de garantia financeira com constituição de penhor.”*

<sup>83</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, pp. 152-153.

<sup>84</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *ibid*, p. 153.

naturalmente um conhecimento profundo do mercado financeiro, o que resulta numa mitigação da fragilidade em que poderia estar colocado o devedor numa circunstância de permissão de apropriação por parte do credor, do bem objeto da garantia.

Resumidamente, apontamos os seguintes fundamentos que terão fundamentado, na nossa perspetiva, a solução preconizada pelo legislador nacional: a circunstância de a apropriação da garantia se apresentar como um modo simples e célere de execução, que cumpre com o objetivo de simplificação e celeridade prosseguidos pelo legislador comunitário; o facto de os legisladores não terem temido os efeitos nefastos tipicamente atribuíveis às convenções comissórias advém, primeiramente, da natureza dos sujeitos intervenientes (entidades públicas, instituições financeiras, etc.) e do objeto das garantias em causa (que por regra possui um valor fixo determinado pelo mercado); por último, poderá ter estado na base da atuação do legislador o facto de os riscos associados à faculdade de apropriação direta pelo credor resultarem mitigados através da previsão legal de requisitos aplicáveis pelas partes.<sup>85</sup>

### 3.1. Pacto marciano: subtipo do pacto comissório?

Aqui chegados, cumpre-nos trazer à colação a *vexata quaestio* de apurar se, efetivamente, a consagração da validade do acordo de apropriação do bem dado em garantia no âmbito do penhor financeiro, nos termos definidos pelo artigo 11.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, constitui uma reserva ao disposto no artigo 694.º do Código Civil. Por outras palavras, propomo-nos indagar se o diploma em análise legitima o mecanismo do pacto comissório no ordenamento jurídico português. Ora, resulta claro da análise até aqui realizada que o legislador nacional abriu portas, na esfera do penhor financeiro, e na senda do Dec-Lei. n.º 105/2004, à positivação da figura do pacto marciano no nosso ordenamento jurídico.

Resta agora questionar a própria validade do pacto marciano: poderá este ser classificado como um subtipo do pacto comissório, e conseqüentemente sujeito à proibição imposta pelo legislador civil, ou, contrariamente, será qualificável como uma figura perfeitamente autónoma e distinta daquela?

---

<sup>85</sup> Neste sentido, GRAÇA, Diogo Macedo (2010), *op cit*, p. 65-67.

No que diz respeito à classificação tipológica a atribuir à figura em estudo, o entendimento doutrinal não é, de forma alguma, pacífico. Divide-se entre autores que admitem o pacto marciano como uma simples modalidade do pacto comissório e autores, que, por sua vez, o vislumbram como uma figura perfeitamente autónoma.

Na consideração de MARISA MONTEIRO, o ponto essencial desta discórdia encontra-se na obrigação (para o pacto marciano) de restituição ao devedor da diferença entre o valor do bem e o valor do crédito garantido, obrigação essa que não existe no acordo comissório. Isto é, a qualificação do pacto marciano dependerá, fundamentalmente, da classificação da inexistência de obrigação de restituição por parte do credor como elemento essencial, ou não, do pacto comissório.

Deste modo, se considerarmos que a falta de obrigação de restituição não surge como um elemento verdadeiramente essencial do pacto comissório, o pacto marciano poderá ser qualificado como um seu subtipo. Contrariamente, ao incluir a ausência da referida obrigação nos traços caracterizadores essenciais do pacto comissório, então o pacto marciano será perfeitamente distinto deste. Quer isto dizer que o traço diferenciador é precisamente a submissão do credor ao dever de entrega do excesso do valor do objeto da garantia em relação ao montante do débito.

Neste seguimento, será pertinente constatar que do ponto de vista doutrinário os autores que promulgam a tese da tutela do devedor ou da censurabilidade da usura como *ratio* da proibição legal do pacto comissório, tendem a considerar que, de facto, do ponto de vista da proteção do devedor situado numa posição contratual mais frágil, a inexistência de obrigação de restituição integra os traços essenciais do pacto comissório. Consequentemente, qualifica-se o pacto marciano como um mecanismo completamente distinto do pacto comissório.

Contrariamente, para os defensores das teses da subtração de bens do devedor à garantia geral dos credores, bem como da inderrogabilidade do procedimento judicial, já não será característica essencial do acordo comissório a inexistência de obrigação de restituição por parte do credor. Isto porque a lei impede veementemente a celebração de pactos comissórios como meio de tutelar sistema de garantias e dos seus mecanismos de funcionamento, bem como como o interesse dos próprios credores. Nesta linha de pensamento, será então admissível a concretização do pacto marciano como um subtipo do pacto comissório.

Para um entendimento mais claro da querela em causa, citamos o escrito por MARISA MONTEIRO que tão pertinentemente subsume o fundo da questão ao seguinte: “*Para os que não querem admitir que a lei dos contratos de garantia financeira prevê uma exceção ao princípio geral da proibição do pacto comissório, o pacto marciano tem de ser um tipo autónomo do pacto comissório – ou, de contrário, cairia no âmbito do artigo 694.º CC. Já para os pensadores do Direito que assumem o desvio à nulidade do pacto comissório, o pacto marciano pode perfeitamente reconduzir-se à categoria classificatória do pacto comissório e, não obstante, ser lícito, porque os fundamentos da ilicitude deste não se verificam na modalidade equilibrada – acolhendo-se, sic, a visão romanista do mau pacto comissório e do bom pacto marciano.*”<sup>86</sup>

Entre nós, apontamos como patronos da primeira tese, amplamente admitida na doutrina portuguesa, ainda que não unanimemente, autores como ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE<sup>87</sup>, MACEDO DA GRAÇA<sup>88</sup>, HUGO RAMOS ALVES<sup>89</sup> ou ISABEL ANDRADE DE MATOS<sup>90</sup>

Para os mencionados jurisconsultos, a convenção celebrada entre as partes que assegure a equivalência entre o valor em dívida e o montante dos bens *maxime* instrumentos financeiros dados em garantia consubstancia, em qualquer caso, na figura autónoma de pacto marciano, e não da definição de pacto comissório *stristu sensu*. Consequentemente, “este reconhecimento expresso do pacto marciano permite que deixe de ser necessário para o reconhecimento da sua validade o recurso à interpretação teleológica do art. 694.º do Código Civil.”<sup>91</sup>

Em sentido contrário, e em defesa da segunda tese apresentada, destacamos MENEZES CORDEIRO<sup>92</sup>, OU ATHAYDE MATTA<sup>93</sup>. Na senda deste entendimento, o Dec. Lei n.º 105/2004 consagra uma notória derrogação ao regime-regra que impõe a proibição do pacto comissório. Ainda que não seja um pacto comissório *tout court*, sê-

---

<sup>86</sup> MONTEIRO, Marisa (2015), *op. cit.*, p.130.

<sup>87</sup> Cfr MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da (2006), *Garantias de Cumprimento*, Almedina, Coimbra, p. 186.

<sup>88</sup> Cfr GRAÇA, Diogo Macedo (2010), *op. cit.*, p. 62.

<sup>89</sup> Cfr. ALVES, Hugo (2010), *op cit*, p. 281.

<sup>90</sup> MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit*, pp.155-157.

<sup>91</sup> GRAÇA, Diogo (2010), *op. cit.*, p. 63.

<sup>92</sup> CORDEIRO, António Menezes (2018), *op. cit.*, p. 833

<sup>93</sup> MATTA, Tiago Athayde (2007), *Da Garantia Fiduciária No Âmbito Do Sistema Financeiro in Garantia Das Obrigações* – Publicação dos Trabalhos de Mestrado, Almedina, Coimbra, pp. 559-560.

lo-á ainda que com exigências de pacto marciano, não olvidando que o credor, beneficiário da garantia, tem à sua disposição a possibilidade de apropriação da garantia financeira.

Ora, neste sentido, apesar de a obrigação de restituição constituir um traço típico do pacto marciano, para estes autores, o Dec. Lei n.º 105/2004 permite ao credor fazer pura e simplesmente seus os instrumentos financeiros dados em garantia, o que constitui, em *última ratio*, um pacto comissório.

MENESES CORDEIRO considera que, não obstante a Diretiva 2002/47/CE, no seu artigo 4.º n.º 3, permitir aos Estados-Membros a não consagração da possibilidade de apropriação do objeto da garantia por parte do beneficiário, o legislador português optou por não o fazer, tendo sido “essa proibição considerada injustificada”, por força, segundo o mencionado autor, do âmbito de aplicação altamente delimitado do Dec. Lei n.º 105/2004.<sup>94</sup>

Igualmente neste sentido, ATHAYDE MATTA sublinha que a admissibilidade do pacto comissório “num espaço como o sistema financeiro, seara na qual atuam grandes entidades, dirigidas por profissionais qualificadíssimos (...), não parece ser uma ideia absurda ou que atente contra princípios fundantes dos ordenamentos jurídicos contemporâneos ocidentais.”<sup>95</sup>

Nos tribunais portugueses assiste-se a tendência semelhante ainda que não se afigure unânime., A posição indubitavelmente maioritária é pautada pela consagração levada a cabo pelo legislador nacional no Dec.-Lei n.º 105/2004, de uma figura funcionalmente enquadrada como pacto marciano, sublinhando a jurisprudência a nulidade da convenção comissório *per si*.<sup>96</sup>

Da nossa parte, tendemos a subscrever o entendimento da doutrina maioritária que defende a validade da figura do pacto marciano enquanto mecanismo autónomo e, conseqüentemente, a afirmação de que o diploma aqui em análise, mais precisamente o seu artigo 11.º, não prevê o reconhecimento de uma abertura do legislador português ao

---

<sup>94</sup> CORDEIRO, António Menezes (2018), *op. cit.*, p. 833.

<sup>95</sup> MATTA, Tiago Athayde (2007), *op. cit.*, p. 560.

<sup>96</sup> Veja-se o Ac. STJ 09/07/2020 (ANA PAULA BOULAROT) processo 128/17.3T8PVZ.P1.S10, Ac. TRL 09/07/2009 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO) processo 3529/08.9TVLSB-B.L1-6, Ac. STJ 22/11/2016 (HELDER ROQUE) processo 454/14.8TVPRT.P1.S1, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

pacto comissório, não afastando o regime-regra imposto pelo artigo 694.º do Código Civil.

Contudo, não deixamos de constatar que tanto na perspectiva do princípio *par conditio creditorium* como da necessária segurança do tráfego jurídico no que às garantias reais diz respeito, o pacto comissório não é inteiramente capaz de *salvar* as falhas apontadas ao pacto comissório.

Por fim, não obstante a terminologia utilizada pelo legislador no preâmbulo do Decreto-Lei: “Outra das novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à *aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil.*”, da qual seria possível deduzir entendimento contrário, consideramos que o recurso à mesma foi algo precipitado, não demonstrativo da finalidade do legislador em tomar partido na querela aqui analisada.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Neste sentido, MATOS, Isabel Andrade de (2006), *op cit.*, p. 157.

#### 4. Conclusões

É inegável que a regulamentação dos acordos de garantia financeira em Portugal instituiu uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico, tanto pela sua inovação, como pelo seu crescente interesse prático, especialmente no sector bancário e financeiro.

No que à *vexata quaestio* que aqui nos trouxe diz respeito: a de saber se o pacto marciano é, efetivamente, um pacto comissório. Tendemos a responder negativamente, ainda que com reservas, com base na análise já aqui exposta.

No mesmo entendimento, será seguro afirmar que o legislador nacional, no Dec.-Lei n.º 105/2004, abre caminho para a celebração de um pacto de apropriação do bem dado em garantia, por parte do credor, caso se verifique o incumprimento. Este compromete-se, por seu turno, a entregar ao devedor a diferença entre o valor da do bem dado em garantia e o montante do crédito. Este mecanismo traduz-se, materialmente, num pacto marciano.

Não obstante o facto de as dissemelhanças entre o pacto marciano e o pacto comissório se circunscrevem, no essencial, ao afastamento dos perigos que recaem sobre o devedor - o perigo de perder um bem de valor superior ao da dívida que incumpriu -, não consideramos que a licitude do pacto marciano esteja, na sua amplitude, assegurada.

Ora, partindo da análise das várias teses que se propõem fundamentar a previsão legal da sanção de nulidade para a celebração de convenções comissórias, a maioria coincide na seguinte resposta: a nulidade visa sancionar o desequilíbrio de posições negociais entre o credor e o devedor que o pacto comissório fomenta.

Assim sendo, partimos da premissa, ainda que falível, de que o pacto marciano é capaz de colmatar este tão temido desequilíbrio, questionamo-nos se não será, porventura, nos tempos que correm, desadequada a previsão legal da nulidade do pacto comissório nos termos atualmente previstos no artigo n.º 694 do Código Civil.

Com base na posição doutrinária maioritária seria possivelmente mais adequado que a legislação substantiva, ao invés de tão veementemente proibir o pacto comissório, permitisse o pacto marciano, com uma definição detalhada do seu regime.

Estendemos igualmente necessária uma alteração legislativa ao preâmbulo do Dec.-Lei n.º 105/2004, que mais não faz do que induzir desnecessariamente o leitor em erro.

Deixamos, deste modo, em aberto a possibilidade e necessidade de reequacionar o papel do pacto comissório, bem como do pacto marciano, no nosso ordenamento jurídico.

## Bibliografia

- ALVES, Hugo Ramos (2010), *Do Penhor*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídica, Coimbra, Edições Almedina.
- ANDRADE, Margarida (2010), *O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, Coimbra.
- ANTUNES, Ana (2008), *O contrato de locação financeira restitutiva – Do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, UCE, Lisboa.
- ASCENSÃO, José Oliveira (2003), *Teoria Geral do Direito Civil, II – Ações e factos jurídicos*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- BERTO, Elena (2020), *Il divieto di patto commissorio e la tipizzazione delle clausole marciane, all'interno del diritto bancario e all'interno della materia dell'intermediazione finanziaria*, disponível em [www.diritto.it](http://www.diritto.it).
- CAMPOS, Diogo Leite (1998), *A alienação em garantia*, in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal 150º Aniversário (1846-1996)*, Lisboa, Banco de Portugal, departamento de Serviços Jurídicos.
- CORDEIRO, António Menezes (2018), *Manual de Direito Bancário*, 6ª edição revista e atualizada, Coimbra, Edições Almedina.
- FONTIVEROS, Enrique (2020), *Consideraciones sobre la prohibición legal del pacto comisorio*, in *Revista de la Facultad de Derecho e la Universidad Católica Andrés Bello N.º 74*, Caracas.
- GOMES, Júlio (2004), *Sobre o âmbito de proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e pacto marciano: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-01-2003*, in *Cadernos de Direito Privado n.º 8*, Coimbra, Livraria Almedina.
- GOMES, Manuel Januário da Costa (2000), *Assunção Fidejussória de Dívida*, Lisboa, Edições Almedina.
- GRAÇA, Diogo Macedo da (2010), *Os Contratos de Garantia Financeira*, Coimbra, Edições Almedina.
- LEITÃO, Luís Menezes (2019), *Garantia das Obrigações*, 6ª Edição, Almedina.
- MARQUES, João Remédio (2001), *“Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios- Negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*, in “boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, vol. LXXVII, Coimbra.

MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da (2006), *Garantias de Cumprimento*, Almedina, Coimbra.

MATOS, Isabel Andrade de (2006), *O Pacto comissório - Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Coimbra, Edições Almedina.

MATTA, Tiago Athayde (2007), *Da Garantia Fiduciária No Âmbito Do Sistema Financeiro in Garantia Das Obrigações* – Publicação dos Trabalhos de Mestrado, Almedina, Coimbra.

MONTEIRO, Marisa (2015), *Quo vadis, pacto comissório? - O artigo 694.o do Código Civil: da razão de ser ao ludíbrio e deste ao quesito da (des)necessidade de reponderação à luz do paradigma de execução do penhor financeiro*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PIRES, Catarina (2010), “*A Alienação em Garantia*”, Edições Almedina, Lisboa

REIS, Alberto (1982), *Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

SANTOS, José Beleza dos (1921), *A Simulação em Direito Civil*, I, Coimbra Editora.

SERRA, Adriano Vaz (1956), *O Penhor*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 58 (Julho 1956), Lisboa.

SILVA, João Calvão da (2017), *Banca, Bolsa e Seguros*, 5ª Edição, Coimbra, Edições Almedina.

STOCKEBRAND, Adolfo (2009), *Algunas Consideraciones Sobre La Prohibición Del Pacto Comisorio Y El Pacto Marciano*, in Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, n.º 13.

VARELA, João Antunes (2011), *Das Obrigações em Geral*, Vol II, 7ª Edição, Coimbra, Edições Almedina.

VARELA, João Antunes, LIMA, Fernando Pires de (1967), *Código Civil Anotado* Volume II, 4ª Edição (2010), Coimbra, Coimbra Editora.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2008), *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol II, Almedina.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de (2019), *Direito das Garantias*, 3ª edição, Coimbra, Edições Almedina.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2009), *Contratos Atípicos*, Teses de Doutoramento Almedina.