



Garantias das obrigações: Penhor de conta bancária

Nuno Manuel Campos Araújo Martins

Nº 345013050

Tese de Mestrado em Direito Privado

Sob a orientação da Doutora Maria João Vaz Tomé

Porto,

Junho de 2015

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	1
ABREVIATURAS	2
INTRODUÇÃO	3
1. Garantias das obrigações	4
2. Penhor de Direitos	6
2.1. Natureza jurídica	6
2.2. Características do penhor	7
<i>2.2.1. Noção e Objeto</i>	7
<i>2.2.2. Acessoriedade</i>	8
<i>2.2.3. Indivisibilidade</i>	9
<i>2.2.4. Especialidade</i>	10
2.3. Legitimidade para poder dar em penhor	11
2.4. Constituição do penhor de direitos	12
2.5. Regime do penhor de direitos	14
2.6. O pacto comissório no penhor	16
2.7. Extinção do Penhor de Direitos	18
3. O Penhor de Conta Bancária	19
3.1. Abordagem do penhor de Conta Bancária	19
3.2. Qualificação jurídica	20
<i>3.2.1 Penhor de conta bancária enquanto garantia pessoal</i>	21
<i>3.2.2. O penhor de conta bancária enquanto penhor irregular</i>	24
<i>3.2.3. O penhor de conta bancária como penhor de créditos</i>	28
<i>3.2.4. Penhor de conta bancária como penhor financeiro</i>	30
3.3. Regime de funcionamento do penhor de Conta Bancária	32
3.4. Execução do Penhor de conta bancária	33
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

AGRADECIMENTOS

Apesar de uma tese de mestrado ser um trabalho individual, estou ciente de que sem o contributo de algumas pessoas esta não teria sido possível. A todos eles deixo aqui o meu agradecimento sincero.

À minha orientadora, a Dra. Maria João Vaz Tomé, um especial obrigado, pela sua atenção e disponibilidade que me dedicou na realização deste trabalho, conselhos e sugestões ao longo do desenvolvimento da presente dissertação.

À minha família que me apoiou e incentivou sempre, sem qualquer tipo de reservas.

Um muito obrigado.

ABREVIATURAS

Ac. – Acordão

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CCom. – Código de Comercial

Cfr. – Conferir

CIRE- Código de Insolvências e Recuperação de Empresas

CSC – Código das Sociedades Comerciais.

CVM- Código de Valores Mobiliários

CRPredial – Código de Registo Predial

DL – Decreto Lei

Pag. – Página

SS. – Seguintes

OJ – Ordenamento Jurídico

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa o estudo do penhor de conta bancária inserido nas garantias especiais das obrigações, onde começaremos por fazer uma breve abordagem ao penhor, mais especificamente ao penhor de direitos. Para o penhor ser considerado uma forma de garantia das obrigações, é necessária a existência de uma relação creditícia válida e eficaz. Deste modo, as garantias especiais das obrigações têm como função primordial reforçar a segurança dos credores para, no caso de incumprimento da obrigação, estes verem os seus créditos satisfeitos com preferência sobre os demais credores.

Iniciaremos o nosso estudo com uma análise perfunctória das garantias das obrigações para, em seguida, nos debruçarmos sobre o penhor de direitos e sobre o penhor de conta bancária.

No que respeita ao cerne do presente trabalho - penhor de conta bancária -, atenderemos a todas as suas especificidades, assim como às querelas doutrinárias que têm a sua qualificação por objeto. Trata-se de uma figura de grande relevância no tráfego jurídico, pois cada vez mais os sujeitos constituem a conta bancária em garantia do cumprimento das suas obrigações.

1. Garantias das obrigações

O tema das garantias das obrigações tem vindo a assumir cada vez maior relevância no âmbito do direito obrigacional.

As garantias das obrigações permitem que os direitos do(s) credor(s) sejam realizados, de forma a verem os seus créditos satisfeitos, havendo na lei várias formas específicas de obtenção desse objetivo. Estas formas específicas podem tornar o processo mais simples e mais eficiente.

Deste modo, no seio das garantias das obrigações impõe-se distinguir entre garantia geral/comum e garantias especiais. A garantia geral/comum é constituída por todo o património do devedor, enquanto as garantias especiais implicam um “reforço” objetivo dessa garantia, como que um suplemento, de forma a garantir o cumprimento das obrigações¹.

A garantia geral/ comum abarca todo o património do devedor². Este tipo de garantia não é tão seguro quanto as garantias especiais, já que não há um reforço que garanta que o credor irá receber o seu crédito, embora o credor se possa fazer valer dos meios de conservação da garantia patrimonial, de forma a ver satisfeito o seu direito de crédito perante o devedor. A partir do momento em que alguém é titular de um direito de crédito perante determinada pessoa, o credor pode fazer-se valer dos meios comuns para obter a satisfação do seu crédito, incidindo esses meios sobre todo o património do devedor.

Assim, aquando da contração de determinada obrigação entre credor e devedor, o credor irá verificar se o património do devedor constitui garantia suficiente para assegurar o seu direito. No caso de o credor averiguar que os bens não são suficientes para acautelar o seu direito, o credor irá pretender um suplemento dessa garantia. Mesmo no caso de averiguar que sejam suficientes, o credor, aquando da execução patrimonial, por incumprimento da obrigação do devedor, poderá constatar que o património do devedor seja insuficiente. Na garantia geral, o credor nunca terá a

¹ COSTA, MÁRIO JÚLIO, “Direito Das Obrigações”, 12º ed., Almedina, pag.881, Refere o autor o facto de as partes poderem estabelecer uma garantia específica, tendo por objeto a responsabilização de outro ou outros patrimónios pelo cumprimento da obrigação.

² Cfr. LEITÃO, LUÍS MENEZES, “Garantias das Obrigações”, 4ºed., Almedina, pag. 14.

fiabilidade de ver o seu crédito satisfeito. Por outro lado, temos as garantias especiais, as que consistem num suplemento destinado a assegurar os direitos do credor. Estas subdividem-se em garantias reais e pessoais. As garantias pessoais implicam a vinculação de um terceiro ao cumprimento de determinada obrigação, e as garantias reais implicam a afectação de uma coisa do devedor ou terceiro à garantia do direito do credor, de forma a garantir a preferência do credor sobre todos os outros.

Em relação à eficácia, as garantias pessoais caracterizam-se por ter subjacente a vinculação de um terceiro ao cumprimento de determinada obrigação. Nas garantias reais, institui-se um direito real sobre uma coisa do devedor ou de terceiro para garantir o cumprimento da obrigação, atribuindo prevalência ao credor na satisfação do seu crédito.

Podemos, ainda, distinguir entre garantias típicas e atípicas, conforme sejam ou não dotadas de regulamentação legal, ficando as garantias atípicas ao abrigo do princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405º do CC.

Quanto às garantias reais, as mais tradicionais no nosso ordenamento jurídico são o penhor e a hipoteca, ambas consagradas no CC. No penhor, é afecto determinado bem móvel para garantir o cumprimento de uma obrigação; na segunda, é afecto um bem imóvel, ou móvel sujeito a registo, para garantir uma obrigação. O penhor pode ser de coisas (art. 669º do CC) ou de direitos (art. 679º do CC). Por seu turno, como veremos *infra*, o penhor de direito pode revestir diferentes modalidades.

O penhor de conta bancária é uma forma de garantia das obrigações que tem gerado alguma controvérsia na nossa jurisprudência no que toca à sua qualificação. Encontra o seu regime padrão consagrado no CC, embora existam normas relevantes dispersas por outros diplomas.

De um modo perfunctório, pode dizer-se que o penhor de conta bancária se traduz numa garantia real, inserindo-se por isso nas garantias especiais.

2. Penhor de Direitos

2.1. Natureza jurídica

O penhor é uma garantia real³ que encontra o seu regime padrão no Código Civil, sendo necessário ter em conta alguma legislação avulsa⁴. O penhor, enquanto garantia especial real das obrigações, permite ao credor ver o seu crédito ser pago com preferência em relação aos credores comuns, dado que o devedor afecta determinados bens ao cumprimento daquela dívida.

O facto de as garantias reais atribuírem preferência aos credores no pagamento da respectiva obrigação permite afirmar um desvio ao princípio da igualdade dos credores, porquanto o atribuem preferência ao credor sobre os restantes.

O penhor constitui-se através de negócio jurídico bilateral celebrado pelo devedor ou por terceiro⁵. Diferentemente, a hipoteca, além de voluntária, pode também ser legal ou judicial⁶.

O penhor enquanto garantia real assegura ao credor que o crédito será pago com preferência sobre os credores comuns, pelo produto da alienação do bem onerado, mesmo no caso de insolvência do devedor. Por outro lado, ao constituir em garantia determinado bem, mais facilmente o sujeito obterá crédito. Em nossa opinião, as garantias reais são fonte de maior segurança para o credor, visto que este vê a satisfação do seu crédito assegurada pela afectação de determinado bem.

Segundo o art. 666º, nº1, do CC, “ *O penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como de juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro*”.

³ CORDEIRO, MENEZES, “Direito Civil X”, pag.64,cit., “ O penhor é um direito real de garantia que incide sobre uma coisa móvel não sujeita a registo.”

⁴ O penhor encontra-se estabelecido nos mais variados diplomas legais, no qual se deve ter em atenção os seguintes normas: as normas do código comercial(CCom.), código da insolvência e da recuperação de empresas(CIRE), código de valores mobiliários(CVM), e, por último, o DL 105/2004, de 8 de maio.

⁵ Cfr. LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das obrigações”, pag 167.

⁶ Quanto à hipoteca voluntária (art.712º do CC), é a que nasce de contrato ou declaração unilateral; As hipotecas judiciais (art.710º do CC), são as que resultam de uma sentença judicial; Em relação às hipotecas legais (art. 704º do CC), são as que resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes.

2.2. Características do penhor

2.2.1. Noção e Objeto

Ao penhor de direitos são extensivas, com as devidas adaptações, as normas respeitantes ao penhor de coisas, em tudo o que não seja contrariado pela natureza especial do penhor, como refere o art. 679º do CC. Aplicam-se, desta forma, ao penhor de direitos, as disposições previstas para o penhor de coisas que não sejam contrárias à sua natureza especial e às disposições específicas do penhor de direitos previstas no CC.

A principal diferença entre o penhor de coisas e o penhor de direitos assenta, essencialmente, no objeto afeto à garantia: enquanto no penhor de coisas estamos perante um bem corpóreo, no penhor de direitos estamos perante um direito.

Note-se que a tendência generalizadamente adotada na doutrina é a da consideração do penhor de direitos como garantia especial sobre direitos e não como como um verdadeiro direito real . Assim, encontramos mais uma categoria dentro das garantias especiais do cumprimento das obrigações, que se consubstancia precisamente naquela das garantias especiais sobre direitos, onde se insere o penhor de direitos. Porém, para outros, o penhor de direitos insere-se na categoria dos direitos reais, de natureza voluntária.

Ora, o penhor de direitos, nos termos do art. 666º do CC, permite ao credor obter a satisfação do seu crédito, bem como dos juros, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de créditos ou direitos não suscetíveis de hipoteca , pertencentes ao devedor ou a terceiro. Conforme o art. 680º do CC, esses direitos devem ter por objeto coisas móveis e, além disso, ser suscetíveis de transmissão. A particularidade do penhor de direitos radica essencialmente no seu elemento objetivo, pois já não é uma coisa corpórea, mas um direito. Com efeito, de acordo com o disposto no art. 666.º, n.º 1, do CC, o penhor deverá incidir sobre coisa móvel, sobre créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca. No que toca ao penhor de direitos, são vários os direitos passíveis de ser empenhados. A este propósito, refiram-se, a título exemplificativo, o penhor de ações/participações sociais, o penhor de créditos, o penhor financeiro, o penhor de títulos de crédito, o penhor de conta bancária e o penhor de depósitos a prazo.

A modalidade mais comum do penhor de direitos é o penhor de créditos. Além de assumir um papel muito importante no tráfico jurídico, reveste-se de grande relevância no âmbito do financiamento de projetos e das operações de titularização de créditos. Conforme referido supra, alguma doutrina considera o penhor de direitos de crédito como um direito real que tem por objeto um crédito, admitindo a chamada doutrina dos direitos sobre direitos. Para outros, no penhor de créditos não existe qualquer garantia real, tratando-se antes de uma garantia especial sobre direitos.

Refira-se, por último, que, de acordo com o n.º 3 do art. 666.º do CC as obrigações futuras ou condicionais podem ser garantidas por penhor.

Iremos agora proceder a uma análise sumária das características gerais do penhor enquanto direito real de garantia, como premissa útil para os capítulos seguintes.

2.2.2. Acessoriedade

Esta característica manifesta-se no facto de o direito de garantia se encontrar numa situação de dependência relativamente ao crédito que visa garantir. Deste modo, enquanto modalidade de garantia das obrigações, o penhor pressupõe a existência de um crédito, relativamente ao qual é acessório/dependente. Para que o penhor seja validamente constituído, é necessário que se reporte a um crédito válido e existente. Será nulo no caso de o crédito garantido se encontrar extinto à data da sua constituição ou vier ulteriormente a ser declarado nulo.

O penhor é considerado acessório do crédito que garante⁷. No caso de inexistência do crédito que visa garantir, não faria sentido a existência do penhor.

No que respeita à acessoriedade das garantias das obrigações, HUGO RAMOS⁸ parte da existência de uma relação creditícia, uma vez que a garantia tem como função assegurar ou prevenir as consequências do incumprimento de uma obrigação.

⁷ CORDEIRO, MENEZES, “Direitos Reais”, pág.750, O autor refere-se ao penhor como sendo um direito real combinado, visto encontrar-se associado a um direito de crédito. Não é compreensível a sua existência sem a existência do direito de crédito.

⁸ ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag. 64-65, É do entendimento que a noção de acessoriedade parte do pressuposto da existência de uma relação creditícia.

2.2.3. Indivisibilidade

Outra característica do penhor é a indivisibilidade que decorre do princípio da acessoriedade, consagrada no art. 696º do CC, aplicável *ex vi* art. 678º do CC. O penhor, via de regra, é indivisível. Subsiste por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que as constituam, ainda que a coisa ou o crédito seja dividido ou este se encontre parcialmente⁹. O penhor é indivisível, pois subsiste na totalidade do bem até integral satisfação do crédito, não basta que se pague parcialmente o crédito para que o respetivo penhor seja limitado. No caso de pagamento de parte da dívida, o penhor irá manter-se na sua totalidade até ao cumprimento integral da obrigação. De um lado, se o penhor recai sobre duas ou mais coisas, a garantia impende por inteiro sobre cada uma delas e não apenas parcelarmente em proporção do valor de cada uma delas. E o mesmo se diga quando a coisa onerada com o penhor vier a ser dividida em duas ou mais coisas distintas. Sobre cada uma das partes da coisa dividida recai, por inteiro, o encargo da dívida assegurada. De outro lado, se o crédito garantido se fracionar, qualquer dos credores goza do poder de executar o seu crédito, por inteiro, sobre a coisa ou coisas oneradas.

Não se trata, todavia, de uma disposição imperativa nem de uma característica essencial, podendo as partes afastar este regime mediante a estipulação de convenção em contrário.

Esta característica traduz-se pois no facto de a coisa objeto de penhor garantir o cumprimento da obrigação até à integral satisfação do credor e, além disso, se o penhor incidir sobre várias coisas móveis, ele incidirá sobre cada uma delas, mesmo que algumas acabem por perecer¹⁰. Hugo Ramos refere que o princípio da indivisibilidade opera em dois planos distintos, o 1º plano, designado por plano do crédito garantido, consiste no facto de o penhor permanecer insensível à extinção parcial da obrigação ou ao fraccionamento do crédito ou do débito; já no 2º plano, o plano do bem vinculado, este assenta no facto de que a subdivisão da coisa empenhada não impede que qualquer parte ou qualquer bem permaneçam vinculados em garantia da integralidade do crédito.

⁹ DERNBURG, “Diritti reali”, Vol I, parte II, pag. 451, Este autor refere que a coisa é vinculada na íntegra relativamente ao débito na sua totalidade (tratando-se, pois, quer da dívida principal, quer de eventuais juros assegurados conjuntamente) e a totalidade da coisa penhorada está vinculada ao crédito assegurado.

¹⁰ Cfr. VARELA, ANTUNES, “Das obrigações em geral”, cit, Vol.II, pag. 529

Como anteriormente mencionado, a indivisibilidade do penhor não é imperativa nem assenta em princípios considerados inderrogáveis, pelo qual as partes podem afastar tal indivisibilidade, por exemplo através da inclusão de uma cláusula que preveja a restituição parcial dos bens dados em penhor aquando do pagamento parcial da dívida, o que limita a característica da indivisibilidade.

Por fim, tendo a indivisibilidade como objetivo assegurar ao credor pignoratício a máxima garantia possível, ocorrendo um incumprimento, quer total quer parcial, o credor pode promover a execução do bem na sua totalidade, sendo assim maior a probabilidade de satisfação do crédito, devendo, naturalmente, pagar-se apenas pelo valor do seu crédito e não por valor superior.

2.2.4. *Especialidade*

A característica da especialidade significa, essencialmente, que apenas podem ser dadas em garantia coisas individualizadas/especializadas, já que não existe, entre nós, a figura do penhor genérico ou *omnibus* suscetível de abranger todo o património mobiliário do devedor. Deste modo, não é possível constituir um penhor que incida sobre todas as coisas que compõem o património do devedor. Com esta característica pretende proibir-se que a garantia incida sobre todos os bens do devedor, o tal penhor genérico, e sejam dados em garantia bens ou direitos não especificados. Além de a garantia incidir sobre um bem ou direito específico, deve o crédito também ser determinado e indicado o respetivo montante – se se tratar de um crédito pecuniário, ou seja, a garantia deve ser constituída sobre um bem específico e para créditos determinados, de forma a estabelecer o montante máximo pelo qual o bem ou direito dado em garantia responde.

Destarte, além da especialidade se referir à coisa dada em penhor, também respeita ao próprio crédito garantido. Estabelecem-se, nesta sede, dois requisitos diferentes: um relativo à determinação originária do crédito garantido, ao seu valor; outro concernente à indicação de um montante máximo pelo qual a coisa vai responder, sob pena de nulidade nos termos do art. 280º do CC¹¹.

¹¹ Cfr ALVES, HUGO RAMOS, “O penhor”, Almedina., pag. 69, O autor refere que a característica da especialidade também se aplica ao crédito garantido.

Importa aludir à questão da (in)admissibilidade do chamado penhor rotativo¹², ou seja, do penhor que permite a sua alteração quanto ao objecto dado em garantia. Este penhor comporta a individualização de um bem ou direito, no momento da constituição originária do penhor, que, ulteriormente, virá a ser substituído por outro bem ou direito. Tradicionalmente, não se admitia este tipo de penhor, nem tão pouco era comum uma das partes substituir a coisa dada em garantia. Atualmente, todavia, permite-se cada vez mais a substituição dos bens empenhados, desde que haja concordância das partes e se verifiquem determinados pressupostos. A meu ver, o mais importante não é a identidade do bem ou direito em causa, mas sim o seu valor, pelo que se as partes decidirem acordar a dita rotatividade do penhor, impõe-se que o valor do bem ou direito substituto seja, pelo menos, similar ao do bem ou direito substituído.

No caso de admissibilidade deste tipo de penhor, não se põe em causa a característica da especialidade, já que as partes ao constituírem o penhor inicial convencionam que o penhor poderá ser alvo de rotatividade. Logo, poderá proceder-se à substituição do bem ou direito dado inicialmente em garantia, desde que, como *supra* referido, o bem ou direito substituto seja de igual valor ao bem ou direito substituído. (DL 105/2004)

2.3. Legitimidade para poder dar em penhor

Nos termos do art. 667º do CC, só tem legitimidade para dar bens em penhor quem os puder alienar. Deste modo, ao que parece, o penhor pode ser constituído pelo proprietário da coisa ou titular do direito, não sendo possível dar de penhor algo sobre o qual não se tenha poderes de disposição.

Não faria sentido que a lei permitisse empenhar um bem ou direito que não pertencesse ao empenhador ou sobre os quais este não tivesse poderes de disposição. O facto de ser dado algum bem ou direito em penhor permite ao credor uma posição vantajosa, já que este poderá, no caso de incumprimento da obrigação, promover a venda desse bem ou direito de modo a ver o seu crédito satisfeito.

¹² VASCONCELOS, L.MIGUEL PESTANA, “Direito das Garantias”, pp.292 e ss., Admite o autor a admissibilidade do penhor rotativo, quando, por acordo das partes, se estipule que o objeto da própria garantia possa ser substituído, sem se extinguir o penhor. Ou seja, para que estejamos perante um penhor rotativo, é necessário estarem cumpridos alguns requisitos, tais como, as partes convencionarem aquando da constituição do penhor a possibilidade de o mesmo ter carácter rotativo.

O penhor pode ser também constituído por um terceiro¹³, segundo o art. 717.º do CC, aplicável *ex vi* art 667.º, n.º 2 do CC. Na verdade, em conformidade com o primeiro preceito, o penhor constituído por terceiro extingue-se sempre que um facto positivo ou negativo do credor tenha impossibilitado a sub-rogação do devedor, nos termos do art. 592.º do CC. Assim, pode um terceiro garantir o cumprimento de determinada obrigação alheia, mediante a constituição de um penhor sobre um bem próprio seu.

2.4. Constituição do penhor de direitos

Segundo o art. 681º, n.º 1, do CC, a constituição do penhor de direitos está sujeita à forma e publicidade requeridas para a transmissão dos direitos a empenhar¹⁴. Quer isto dizer que se a transmissão dos direitos empenhados exigir determinadas formalidades, deve também o penhor respeitar essas mesmas formalidades. É o caso, por exemplo, dos créditos hipotecários, cujo penhor pressupõe a observância de escritura pública, sob pena de nulidade.

No caso específico do penhor de direitos de crédito, é necessário ter em conta o disposto no art. 681.º, n.º 2, do CC. Nestes moldes, o penhor de créditos só produz efeitos após ser notificado ao devedor, ou desde que este o aceite, salvo tratando-se de penhor sujeito a registo, produzindo neste caso efeitos a partir do registo. Encontramos nesta norma dois regimes distintos. De um lado, aquele da notificação do penhor ao devedor¹⁵, de forma a dar conhecimento ao mesmo e também a dar publicidade ao penhor perante terceiros, já que, ao contrário do penhor de coisas, em que se exige a entrega da coisa, no penhor de créditos esta finalidade é conseguida através da notificação¹⁶. De outro lado, o regime do penhor sujeito a registo, de acordo com o qual

¹³ Cfr. LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das obrigações”, pag. 169.

¹⁴ PIRES LIMA E ANTUNES VARELA, “Código civil anotado”, Vol.I, pag. 700, cit., “ Tratando-se, assim, de um direito de crédito, e sendo aplicáveis as regras da cessão, não são exigidas quaisquer formalidades, salvo se tratar de crédito garantido por hipoteca, e esta recair sobre bens imóveis, pois, neste caso, o penhor tem de constar de escritura pública(578º2 do CC).”

¹⁵ SERRA, VAZ, “Penhor”, Lisboa,1956, pag 447, cit., ”Em matéria de penhor de direitos, interessa sobretudo o penhor de créditos. Afigura-se de exigir que o devedor do crédito dado em penhor seja notificado do penhor. A notificação do penhor ao devedor compreende-se, mesmo que se aceite a orientação de a dispensar para eficácia da cessão de créditos em relação ao devedor ou a terceiros.”

¹⁶ Ibidem, pag 448, Vaz serra refere que a notificação ao devedor no penhor de créditos assegura as finalidades conseguidas no penhor de coisas, no qual a coisa é exigida , a fim de subtrair a coisa à disponibilidade material do empenhador, de forma a evitar que terceiros sejam enganados, por julgarem que ela não se encontra onerada.

o penhor produz os seus efeitos após o acto registal¹⁷. Deste modo, via de regra, para que o penhor produza os seus efeitos enquanto garantia, é necessário cumprir o requisito consagrado no art. 681.º, n.º 2, do CC: que o devedor seja notificado ou aceite o penhor.

Importa, nesta sede, referir as diferenças existentes entre o penhor de créditos e a cessão de créditos. Segundo o entendimento geral¹⁸, a cessão de créditos produz os seus efeitos logo de imediato, ficando apenas dependentes de notificação os efeitos a produzir perante o devedor e terceiros adquirentes. A cessão produz efeitos entre as partes, mas no que diz respeito ao devedor cedido e aos restantes terceiros, só produzirá os seus efeitos como consequência da notificação¹⁹, nos termos do art. 583.º, n.º 1, do CC. A grande similitude entre o regime do penhor de créditos e o da cessão de créditos prende-se com o facto de no caso de os interessados não serem notificados, o negócio ser ineficaz. Logo, tanto no penhor como na cessão, para que o negócio produza os seus efeitos é, em princípio, necessário que sejam cumpridos os requisitos de notificação.

Contudo, na cessão de créditos estamos perante uma alienação de um direito operado através de contrato, ao contrário do penhor de créditos, em que está apenas em causa a afetação de um determinado direito ao pagamento preferencial de determinada dívida, ficando o credor pignoratício garantido na satisfação do seu crédito em caso de incumprimento da obrigação assumida.

Por outro lado, conforme vimos, o penhor de créditos só produz efeitos desde que seja notificado o devedor. Para que o penhor se torne eficaz é pois necessário que o próprio devedor seja notificado, sob pena de ineficácia do penhor. Neste sentido, se no caso de o devedor intervir na constituição do penhor de créditos, poderemos considerar este comportamento como uma verdadeira aceitação, sem que seja necessário a sua notificação, pois encontra-se validamente constituído. Repare-se que o legislador, no caso de ineficácia do penhor, ou seja, no caso de não serem cumpridos os requisitos

¹⁷ No caso de penhor de créditos sujeito a registo, temos o exemplo do penhor de participações sociais consagrado no artigo 23ºn3 e 4 CSC, e também o penhor de valores mobiliários consagrado no artigo 81º 3, §103º CVM. Estes só produzem os seus efeitos aquando do respectivo registo. Convém fazer referência ao artigo 2º,nº1 CRPredial, onde carece, também, de registo o penhor de créditos hipotecários ou de créditos garantido por consignação de rendimentos de coisas imóveis.

¹⁸ ALVES, HUGO RAMOS, “o Penhor”, pag 148, Refere que é de entendimento comum que a cessão de créditos produz efeitos de imediato, onde salienta a dependência de notificação dos efeitos em relação ao devedor.

¹⁹ Ac. TRL, processo nº 2360/2008-6, (vide <http://www.dgsi.pt/>) , Neste aresto, entendeu o tribunal que a cessão de créditos produz efeitos em relação ao devedor, desde que lhe seja notificada, não dependendo por isso a sua aceitação. Basta a comunicação da cedência por carta para que a mesma produza todos os seus efeitos.

previstos na lei, ressaltou a produção de alguns efeitos que se encontram consagrados no art. 681.º, n.º 3 do CC que, por sua vez, remete, com as necessárias adaptações, para o art. 583.º, n.º 2 do CC, respeitante ao regime da cessão de créditos. De acordo com o último preceito, se o devedor tiver conhecimento do penhor, é afastada a necessidade de sua notificação ou aceitação, mas para isso o credor pignoratício terá de fazer prova do conhecimento do penhor por parte do devedor²⁰. Cumpre, por último, referir que, no caso de penhor de créditos, a entrega de documentos comprovativos do respetivo direito de crédito não é essencial para a sua existência²¹, visto que o penhor encontra-se constituído com a notificação ou com a aceitação do devedor, embora não se descure a função probatória dos mesmos.

2.5. Regime do penhor de direitos

Após a constituição do penhor, deve o respetivo autor entregar ao credor pignoratício os documentos comprovativos do direito que estiverem na sua posse e em cuja conservação não tenha interesse, segundo o art. 682.º do CC. A entrega dos referidos documentos visa, essencialmente, uma função probatória do negócio celebrado, assim como evitar eventuais fraudes por parte do devedor, nomeadamente a alienação do direito empenhado. Sem os respetivos documentos afigura-se, efetivamente, mais difícil dispor do direito empenhado.

Naturalmente que esta entrega não é essencial para constituição ou eficácia do penhor²², pois o penhor constitui-se validamente mediante o acordo das partes, produzindo efeitos, no caso do penhor de créditos, com a notificação ou a aceitação do devedor. A inobservância do disposto no art. 682.º do CC não afeta a validade ou eficácia do penhor, apenas debilitando a sua prova.

²⁰ CORDEIRO, MENEZES, “Tratado de Direito Civil X”, pag.681, cit., “O penhor não notificado ao devedor é ineficaz; o artigo 681º/3 ressalva, todavia, o artigo 583/2: se o devedor pagar ao credor ou celebrar, com ele, um negócio relativo ao crédito, nem o pagamento nem o negócio são oponíveis ao credor pignoratício, se este provar que o devedor tinha conhecimento da cessão, isto é: se ele estiver de má fé”

²¹ ALVES, HUGO RAMOS, “O Penhor”, Almedina, pag. 155, Considera que nos casos em que estejamos perante um penhor de títulos de crédito, a entrega dos referidos documentos são essenciais para a sua constituição enquanto penhor.

²² LIMA, PIRES/VARELA ,ANTUNES , “Código Civil Anotado”, pag.701, No comentário ao artigo 682º do CC, os autores referem exclusivamente que a entrega dos documentos não é essencial para a existência do penhor ou para a sua eficácia.

Tal como acontece no penhor de coisas, o credor pignoratício é obrigado a praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado e a cobrar juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia, segundo o art. 683.º do CC. Tem o credor pignoratício o dever de zelar pela proteção do bem empenhado, de levar a cabo todos os atos ou operações de conservação que estejam ao seu alcance, como um bom *pater familias*.

No que toca aos direitos atribuídos ao credor pignoratício, importa referir o de cobrar o crédito empenhado logo que este se torne exigível (*ius exigendi*), passando o penhor a incidir sobre a coisa prestada em satisfação desse crédito, conforme o art. 685.º, n.º 1 do CC. Ora, esta norma refere-se ao penhor de créditos, onde temos dois credores: o credor pignoratício e o credor do crédito empenhado. Na opinião de VAZ SERRA²³, estamos, assim, perante uma hipótese de sub-rogação real, sendo o crédito automaticamente substituído pela coisa prestada em satisfação desse crédito. Esta sub-rogação tem em vista obter a satisfação do crédito por parte do credor pignoratício, tem este um poder de salvar o crédito empenhado.

O direito pertencente ao credor pignoratício de exigir o crédito logo que ele se torne exigível tem como principal objetivo impedir eventuais cobranças pelo empenhador colocando em causa os efeitos da garantia em questão, e impedir o perecimento da coisa. Note-se que o credor pignoratício não pode exigir o cumprimento da obrigação antes do vencimento desta.

Se o crédito tiver por objeto a prestação de dinheiro ou outra coisa fungível, o devedor não pode realizá-la senão aos dois credores conjuntamente, nos termos do art. 685.º, n.º 2, do CC²⁴. No caso de não haver acordo entre os interessados, deve o devedor recorrer à consignação em depósito. A meu ver, esta é a solução que melhor garante os direitos do autor do penhor e do credor pignoratício, já que prevê que o devedor deve ter em conta os interesses dos dois credores conjuntamente.

Contudo, na hipótese de serem constituídos vários penhores sobre o mesmo crédito, o credor com preferência sobre os demais, ou seja, aquele que comunicou primeiramente o direito de penhor ao devedor, tem legitimidade para cobrar o crédito empenhado, cabendo aos restantes credores o direito de compelir o devedor a satisfazer

²³ Cfr. SERRA, VAZ, “O Penhor in BMJ 59”, pag. 212.

²⁴ LIMA, PIRES/VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado”, pág. 703, Consideram ser a solução que garante, no seu conjunto, os direitos do autor do penhor e do credor pignoratício.

a prestação ao credor preferente, segundo o art. 685.º, n.º 3, do CC. Tratando-se de penhor sujeito a registo, a preferência é determinada pela data de registo.

Por último, conforme o art. 685.º, n.º 4., do CC, o titular do crédito empenhado só pode receber a respectiva prestação com o consentimento do credor pignoratício, já que se o titular do crédito empenhado pudesse cobrar o crédito sem consentimento do credor pignoratício ficaria frustrado o direito do credor pignoratício, além de se extinguir a eficácia da garantia. Havendo consentimento do credor pignoratício, o penhor extingue-se.

2.6. O pacto comissório no penhor

O pacto comissório é um instituto que é expressamente proibido no regime do penhor, nos termos do art. 694.º do CC, *ex vi* art. 678.º do CC. É nula a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de incumprimento do devedor. Assim, o pacto comissório prevê a transferência de propriedade do bem dado em garantia para a esfera patrimonial do credor no caso de incumprimento do devedor. Com a sua proibição, o legislador visa impedir comportamentos abusivos por parte do credor.

Esta proibição, expressa na lei, assenta em duas razões fundamentais. Desde logo, a necessidade de evitar o destroçamento do devedor, que pode ser vítima da sua necessidade de solvência económica. Impõe-se pois evitar que o credor se aproveite da situação de fragilidade do devedor, pois que este, devido à necessidade em que se encontra²⁵, facilmente aceitaria as condições totalmente desfavoráveis sugeridas pelo credor. Ao proibir o pacto comissório, o legislador pretendeu evitar este destroçamento²⁶ e possibilidade de aproveitamento da vulnerabilidade do devedor, porquanto este, ao constituir o penhor, tem em vista a recuperação do bem dado em garantia. Pretendeu evitar-se que, com o incumprimento do devedor, o credor se apropriasse de um bem de valor superior ao da dívida garantida.²⁷ Depois, está em causa

²⁵ Ibidem, pag 718, cit., “ Esta proibição aparece na generalidade das legislações e funda-se no prejuízo que o pacto comissório pode resultar para o devedor, que seria facilmente convencido, dado o seu estado necessidade, a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses.”

²⁶ ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, pag133, cit., “A proibição do pacto comissório visa evitar o destroçamento do devedor que, o mais das vezes, pode ser uma vítima da sua necessidade de solvência económica”.

²⁷ CORDEIRO, MENEZES, Tratado de direito civil X, direito das obrigações, pag 675. Cit. “Os pactos comissórios constituem um instituto antigo que permitia, havendo incumprimento, que o credor fizesse

uma eventual falta de preços de mercado - que são fáceis de controlar -, o que acaba por desfavorecer o devedor.

Note-se que o pacto comissório não se confunde com o pacto marciano²⁸. Aqui as partes preveem antecipadamente que, no caso de incumprimento, pode o credor fazer sua a coisa dada em garantia, mediante o pagamento de um preço, que corresponde à diferença entre o valor do bem e o valor da dívida (crédito). Além disso, terá de existir uma avaliação do respectivo bem para se determinar um preço justo no caso de incumprimento da obrigação. Tal avaliação terá de ser realizada por um terceiro que respeite os critérios de imparcialidade e de isenção, tendo igualmente em conta outros critérios (objetivos) que se prendem com o estudo de mercados, de forma a definir um preço justo do bem dado em garantia.

Em princípio, o pacto marciano parece ser lícito²⁹, já que tenta acautelar os interesses do devedor e não se traduz numa vantagem injustificada para o credor, pois implica a transferência do bem para a esfera do credor mediante um preço justo, ao contrário do pacto marciano que prevê apenas a transferência do bem dado em garantia.

Por último, cumpre referir que o DL n.º105/2004, de 8 de maio, consagra, no âmbito dos acordos de garantia financeira, no art. 11.º, a admissibilidade do pacto “comissório”³⁰, em oposição ao art. 694.º do CC. Permite-se que o beneficiário da garantia possa fazer sua a coisa objecto de garantia, ficando apenas obrigado a restituir o valor que corresponde à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas. Para que este pacto seja admissível é necessário que sejam observados os requisitos previstos no art. 11.º, als a) e b): convenção das partes

pura e simplesmente sua a coisa dada em garantia. Tal combinação era muito desfavorável, uma vez que as coisas dadas em garantia valem, em regra, muito mais do que os créditos garantido.”

²⁸ Ibidem, pag. 675, cit. “Diferentemente do pacto comissório é o pacto marciano. Este, uma vez ajustado, permite ao credor garantido promover a venda da coisa, de modo a realizar o seu crédito, entregando a demasia ao dado do penhor ou, como alternativa, fazer sua a coisa e, após avaliação, restituir, ao devedor, o sobrevalor.”

²⁹ ALVES, HUGO RAMOS “Do Penhor”, 134-136, Segundo o autor, considera admissível o recurso ao instituto do pacto marciano, visto que não se traduz numa vantagem injustificada para o credor. O pacto implica a transferência do bem dado em garantia para o credor mediante um pagamento de um preço justo. Além disso, refere que os credores que se sintam lesados em relação à admissão do pacto marciano, possam recorrer aos meios de conservação de garantias para defesa dos seus direitos.

Em sentido contrário, SERRA, VAZ, “O penhor”, Lisboa 1956, Pag. 219, defende que a proibição do pacto comissório se devia alargar às situações em que o credor fosse obrigado a entregar o excedente do valor da coisa em relação ao montante do seu crédito garantido, mesmo tendo a coisa um valor de mercado. Logo, se depreende que, embora não o refira expressamente, o autor entende que o instituto do pacto comissório se deve alargar o pacto marciano.

³⁰ DL n.º 105/2004, de 8 de maio, faz referência no Preâmbulo que uma das novidades mais significativas deste diploma respeita ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório.

quando à execução da garantia mediante apropriação e acordo relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros e dos créditos sobre terceiros dados em garantia. Apesar do *nomen iuris*, o que o legislador aqui consagra é o pacto marciano³¹, pois que, nos termos do n.º 2, do mesmo preceito, o beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas.

2.7. Extinção do Penhor de Direitos

De acordo com a conjugação dos artigos 679º, 677º e 730º, do CC, depreendemos que as causas de extinção do penhor são as mesmas do que as da hipoteca³², com a exceção da prescrição a favor do terceiro adquirente, segundo o artigo 677º, do CC.

Assim, a 1º causa de extinção consagrada no art. 730º, do CC, prende-se com o facto de o penhor de direitos extinguir-se pela extinção da obrigação a que serve de garantia, quer isto dizer que o penhor terminará quando o empenhador cumpra com a obrigação a que está vinculado.

O penhor de direitos também poderá extinguir-se por acordo das partes ou mediante renúncia do credor pignoratório³³. Podem as partes acordar a própria extinção do penhor ou então pode o credor pignoratório abdicar de receber a prestação devida, como se poderá ver no art. 685º, n.º4, do CC, em que, no caso de o credor pignoratório autorizar o titular do crédito empenhado a receber a respectiva prestação, estamos face a uma causa de extinção³⁴. Segundo HUGO RAMOS³⁵, é do entendimento de que nos casos em que o titular do crédito empenhado receba a respectiva prestação sem o consentimento do credor pignoratório, além de estarmos perante um incumprimento

³¹ GRAÇA, DIOGO MACEDO, “Contratos de Garantia Financeira”, Almedina, pag.62, O autor reconhece o pacto marciano em detrimento do pacto comissório. “Alinhados com a doutrina nacional mais recente que se debruçou sobre esta temática, discordamos que o artigo 11º do DL 105/2004 tenha legitimado a figura do pacto comissório no seio do nosso ordenamento jurídico. Na verdade, o que temos aqui é a consagração do pacto marciano no âmbito do penhor financeiro e não o reconhecimento de uma abertura do nosso ordenamento jurídico a um verdadeiro pacto comissório.”

³² Cfr. VARELA, ANTUNES, “Das Obrigações Em Geral”, Vol II, 4ºed, pag. 526

³³ COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “Direito Das Obrigações”, 12º ed., Almedina, pag.934-935, cit., “Extingue-se pela renúncia do credor, sem necessidade de aceitação do devedor ou do autor do penhor, visto que aquela constitui um negócio unilateral.”

³⁴ LIMA, PIRES/VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado”, pag. 703, cit., “Havendo consentimento do credor pignoratório para ser recebida a prestação, extingue-se o penhor.”

³⁵ Cfr. ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag. 167-168.

contratual, considera ser aplicável, mediante interpretação extensiva, o art. 685º, nº1, onde deverá operar a sub-rogação real.

Por último, é mister salientar o facto específico de o penhor de créditos poder extinguir-se por confusão. O instituto da confusão consagrado no art. 868º do CC, permite essencialmente a extinção da obrigação no caso de se reunirem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. No entanto, este regime sofre uma exceção³⁶ no caso de confusão, no qual o penhor continua a subsistir, independentemente da confusão, em tudo o que o exija o interesse do credor pignoratício, nos termos do art. 871º, nº2, do CC³⁷.

3. O Penhor de Conta Bancária

3.1. Abordagem do penhor de Conta Bancária

O penhor de conta bancária³⁸ é um tipo de garantia do cumprimento das obrigações que assume cada vez mais relevância na prática bancária. Apesar disto, não tem sido objeto da devida atenção por parte da doutrina jurídica e daí que seja muito exígua a bibliografia que a tem por objeto. No direito comparado, verifica-se uma grande diversidade de regulamentação, existindo muitos ordenamentos jurídicos que desconhecem o penhor de conta bancária enquanto figura autónoma.

Pode dizer-se que o penhor de conta bancária se caracteriza, essencialmente, pela afetação de certo depósito bancário ao pagamento preferencial de determinada dívida, vinculando-se o depositante a não o movimentar enquanto a dívida não for

³⁶ É assaz fazer distinção do caso possível de exceção. Por um lado, nos casos em que se reúnam na mesma pessoa qualidades de credor e devedor do crédito empenhado, o penhor extingue-se, mas subsiste quanto à obrigação do empenhador relativamente ao credor pignoratício, isto porque a extinção da garantia não importa a extinção da obrigação garantida. Por outro lado, no casos em que se reúna na mesma pessoa as qualidades de credor pignoratício e devedor do crédito empenhado, o penhor extingue-se, segundo a função do princípio da acessoriedade, já que se o crédito empenhado deixa de existir, não se justifica a existência do penhor.

³⁷ Cfr. LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, “Garantia das obrigações”, 4ºed, 2012, Almedina, pag. 252.

³⁸ LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das obrigações”, 4 edº, 2012, pag 257 e ss.; CORDEIRO, MENEZES, “Manual Direito Bancário”, 4º ed., pag. 727, e Da compensação no Direito Civil e Direito Bancário, Almedina, 2003, pag. 180; ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag 225 e ss.; DA SILVA, CALVÃO, “Direito Bancário”, pag. 415 e ss.; MARTINEZ, ROMANO/ PONTE, FUZETA, “Garantias de Cumprimento”, 4ºed., Almedina, pag. 181 ss.

liquidada. Ou seja, o depositante, para garantir o cumprimento de determinada obrigação, empenha um depósito bancário. Após o respetivo vencimento, permite-se normalmente que a dívida garantida seja paga através de débito na referida conta. Tratando-se de uma garantia especial, confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito com preferência sobre os demais credores.

O ordenamento jurídico nacional não prevê expressamente esta figura. Ela resulta do princípio da autonomia privada, do princípio da liberdade contratual.

Derivando do penhor bancário, pode dizer-se que o penhor de conta bancária é uma figura jurídica estabilizada³⁹. Existe uma querela doutrinal⁴⁰ e jurisprudencial⁴¹ no que toca à sua qualificação jurídica. Para uns, trata-se de um penhor de créditos que tem por objeto o direito de crédito do depositante perante o banco à restituição de outro tanto do mesmo género e qualidade. Para outros, está em causa um penhor irregular, pois incide sobre o saldo da conta bancária. De acordo com uma perspetiva diferente, cura-se de uma garantia pessoal atípica, na qual um terceiro procede ao cumprimento da obrigação. Por último, defende-se que o penhor de conta bancária se integra no penhor financeiro desde que se verifiquem os requisitos previstos no DL n.º 105/2004.

Para o efeito da qualificação jurídica do penhor de conta bancária, afigura-se de extrema relevância a determinação rigorosa do seu objeto. Com efeito, não basta dizer que o objeto do penhor é uma conta bancária, é necessário saber se esse objeto corresponde ao saldo da própria conta, ao direito detido pelo empenhador perante o depositário, etc..

3.2. Qualificação jurídica

Nesta secção, iremos expor de um modo aprofundado as diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do penhor de conta bancária no que respeita à sua qualificação. A qualificação do penhor de conta bancária é importante para o efeito da determinação do regime jurídico aplicável.

³⁹ CORDEIRO, MENEZES, “Manual Direito Bancário”, 4º ed., pag.727, O autor considera que o penhor de conta bancária é uma figura corrente, social, jurídica e economicamente estabilizada.

⁴⁰ LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das obrigações”, 4º ed., pag 257, O próprio autor refere que a qualificação do penhor bancária tem sido alvo de discussão por parte da doutrina.

⁴¹ São alguns os acórdãos que ditam posições diferentes entre si quanto à qualificação do penhor bancária que serão referidos mais à frente.

Destarte, o penhor de conta bancária é considerado uma garantia especial sobre direitos⁴², no qual se empenha determinado direito a favor do credor, com o intuito de garantir o cumprimento de uma obrigação.

No entanto, a qualificação do penhor de conta bancária tem sido objeto de querela por parte da doutrina. São várias as qualificações consagradas pela doutrina: penhor irregular, penhor de créditos, penhor financeiro e, por último, uma posição que considera estarmos perante uma garantia pessoal atípica⁴³.

A nível jurisprudencial, é de referir algumas divergências relacionadas com a qualificação do penhor de conta bancária consagradas no nosso ordenamento jurídico.

3.2.1 Penhor de conta bancária enquanto garantia pessoal

Quanto à qualificação do penhor de conta bancária como uma garantia pessoal, reveste-se de particular importância o Acórdão da Relação do Porto, de 3 de outubro de 1996⁴⁴, que o classificou como fiança.

Decidiu-se que constituía fiança e não penhor a garantia prestada sobre um depósito bancário, afastando-se a qualificação como garantia real em prol da sua qualificação como garantia pessoal. O tribunal considerou que para se tratar de um verdadeiro e próprio penhor de conta bancária seria necessário que as disponibilidades monetárias depositadas pertencessem exclusivamente ao banco e que a própria garantia prestada tivesse como objetivo assegurar o pagamento ao banco de obrigações devidas por parte da sociedade em que o autor era sócio. Ora, *in casu*, o autor do penhor veio constituir uma garantia sobre determinado depósito bancário a favor do banco (credor), em vista a garantir o cumprimento das obrigações da sociedade de que era sócio, existindo, segundo o acórdão, uma garantia pessoal ainda que delimitada pelo acervo patrimonial afectado, o que constituiria a função da fiança, no sentido de que um 3º se

⁴² LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das obrigações”, 4º ed, pag.252 e ss, Considera que o penhor de conta bancaria é um caso especial de penhor de direitos, visto que inclui a categoria do penhor bancário dentro dos casos especiais sobre direitos.

⁴³ CORDEIRO, MENEZES; “Manual Direito Bancário”, pág. 727-728, É da opinião que estamos perante uma garantia pessoal dobrada pela autorização de debitar, na conta garante, determinadas importâncias. Afasta, assim, a qualificação como uma garantia real ou como uma garantia especial sobre direitos.

⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº9531254, relator: Cesário de Matos; Classifica o penhor sobre depósito bancário como sendo uma verdadeira fiança, em que um 3º assume o cumprimento da obrigação.

assume como devedor⁴⁵. Estaria então em causa a figura da fiança, garantia pessoal do cumprimento das obrigações, caracterizada pelo facto de um terceiro garantir o cumprimento de uma obrigação do devedor, responsabilizando-se pessoalmente com o seu património perante o credor⁴⁶, figura expressamente prevista nos arts. 627.º e ss, do CC.

Posição similar é adotada por MENEZES CORDEIRO, que define o penhor de conta bancária como garantia pessoal das obrigações. Aponta ao penhor de conta bancária⁴⁷ os seguintes traços característicos: 1) a afetação de determinados depósitos bancários ao pagamento de certas dívidas; 2) os depositantes obrigam-se a não movimentar esses depósitos bancários, enquanto subsistirem as dívidas garantidas; 3) os depositantes autorizam o banco a debitar, na conta dos depósitos em causa, as dívidas garantidas vencidas. Refere, além disso, que o penhor de conta bancária se distingue do penhor comum pela especificidade do seu objeto, pois o penhor comum incide sobre uma coisa corpórea, ao contrário do penhor de conta bancária. Outra diferença entre os dois penhores, prende-se com o seu regime de funcionamento, uma vez que no penhor de conta bancária se procede ao débito das importâncias dadas em garantia na conta do declarante. Por último, o penhor de conta bancária obriga o garante a manter a conta provisionada. Por todas as características acima mencionadas, o autor considera que o penhor de conta bancária não é um verdadeiro penhor, enquanto direito real de garantia. Em sua opinião, estamos perante uma garantia pessoal que se caracteriza pelo facto de o garante autorizar a debitar, na conta dos depósitos em causa, determinadas importâncias em vista do cumprimento das obrigações inicialmente assumidas. Tratar-se-ia pois de uma garantia pessoal como garantia pessoal atípica, próxima da fiança, mas não de uma verdadeira e própria fiança.

Por conseguinte, o penhor de conta bancária não está sujeito ao regime plasmado nos arts. 666.º e ss do CC, nem tão pouco à proibição do pacto comissório⁴⁸. Muito diferentemente, se se tratasse de um penhor, de um direito real de garantia, poderia estar

⁴⁵ Cfr. ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag. 226

⁴⁶ Cfr. LEITÃO, LUIS MENEZES, “Garantia das Obrigações”, 4 edº, 2012, pag.93

⁴⁷ CORDEIRO, MENEZES, “Manual Direito Bancário”, 4º ed., pag.727, O autor qualifica o penhor como sendo uma garantia pessoal.

⁴⁸ No mesmo sentido que o autor CORDEIRO, MENEZES, temos o autor DA SILVA, CALVÃO, “Direito Bancário”, Coimbra, 2001, Almedina, cit., “O autor considera que não se aplica o art. 694º ex vi do art.678º do CC, pelo facto de o banco não fazer sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir, ele entende que o devedor cumpre, pagando com o dinheiro restituído pelo banco(Depósito dado em penhor) mediante débito na sua conta.”

em causa um pacto comissório ferido de nulidade⁴⁹ nos termos do art. 694º do CC, *ex vi* art. 665º do CC, porquanto o credor pignoratício não pode fazer sua a coisa dada em garantia.

Parece-me, todavia, que se trata de uma tese pejada de dificuldades. O penhor de conta bancária muito dificilmente é passível de ser considerado uma garantia pessoal. O penhor de conta bancária e a garantia pessoal traduzem-se em figuras distintas, cada uma com um regime jurídico próprio. O penhor enquanto garantia real caracteriza-se pela afetação de determinado bem ao pagamento preferencial de certas dívidas. Confere ao credor o direito à satisfação preferencial do seu crédito pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos, nos termos do art. 666.º do CC. Diversamente, a garantia pessoal consiste na instituição de uma obrigação secundária, assumida por um devedor diferente. Ora, a partir do momento em que é colocado algo à disposição do credor, já não se está perante uma garantia pessoal, pois que em sede de garantias pessoais não se afeta qualquer bem ou direito ao cumprimento das certas obrigações. Segundo a opinião JANUÁRIO GOMES⁵⁰, as garantias constituídas pelo “colocar à disposição” do banco um depósito bancário não podem ser tidas como pessoais, mas sim como garantias reais e, mais propriamente, como penhor. Afeta-se algo (conta bancária) ao cumprimento de determinada obrigação.

A principal distinção entre estas duas garantias respeita ao modo de atuar da função garantística⁵¹ de cada uma delas. No penhor, afeta-se uma reserva de utilidade sobre determinado bem ao cumprimento de certas obrigações, enquanto na garantia pessoal, *maxime* na fiança, não se coloca nenhum bem à disposição do credor, assumindo-se antes um terceiro como devedor secundário. Isto significa que se um terceiro assume essa posição, não é então necessário colocar à disposição do credor qualquer bem, pois que no caso de incumprimento pode lançar mão do património comum daquele que assumiu essa obrigação secundária. Isto é justamente o que caracteriza as garantias pessoais.

⁴⁹LIMA, PIRES/VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado”, pag 712, Os autores referem-se à nulidade do pacto comissório no caso de estarmos perante garantias reais.

⁵⁰ Cfr. GOMES, JANUÁRIO, “Assunção fidejussória de dívida”, pag. 48-52.

⁵¹ ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag 227; O autor diferencia a função garantística entre o penhor e a fiança, no qual esta diferença assume um papel fulcral para chegarmos a determinada qualificação.

3.2.2. O penhor de conta bancária enquanto penhor irregular

Esta é a posição defendida por HUGO RAMOS⁵². Na sua opinião, o penhor de conta bancária é um verdadeiro penhor irregular na medida em que o depositário se torna proprietário da quantia entregue, mais propriamente do saldo da conta, assumindo o depositário a obrigação de restituir quantidade igual do mesmo género, característica do penhor irregular.

O penhor irregular pode ser considerado um contrato restitutivo que, à semelhança do depósito irregular, implica a obrigação de restituição do *tantundem eiusdem generis* por parte do credor pignoratício. Ou seja, estamos perante um penhor irregular quando um sujeito entrega a um credor (*accipiens*) uma determinada quantia em dinheiro, bens ou títulos não individualizados, assim como lhe atribui a faculdade de deles dispor deles, prevendo-se que, no caso de cumprimento da obrigação garantida, o credor é obrigado a restituir ao devedor o *tantudem eisdem generes*. Na hipótese de incumprimento, o credor deverá apenas restituir o tantudem que exceda o valor da dívida garantida⁵³.

Em princípio, no penhor irregular transfere-se a propriedade sobre a quantia empenhada para o credor pignoratício, assumindo o credor a obrigação condicional de restituir esse mesmo montante no caso de cumprimento da obrigação. Perante o incumprimento, o credor deverá restituir ao devedor o excesso. O penhor irregular é um contrato inominado de garantia real⁵⁴, distinguindo-se do penhor de direitos e do penhor de coisas, ambos tipificados no CC. Apesar de apresentar alguns traços comuns ao penhor de coisas, tais como ter por objeto coisa móvel e dever verificar-se a tradição da coisa, o penhor irregular tem a característica única da transmissão de propriedade da coisa empenhada, de forma a possibilitar a realização da garantia. A função garantística deste penhor consiste na transferência da propriedade da coisa dada em garantia para a esfera jurídica do credor. Enquanto este vê assim o seu crédito assegurado, o autor do penhor perde a propriedade da coisa, ficando sem qualquer poder de dar instruções de

⁵² Cfr. Ibidem, pag. 225-229

⁵³ ORSINGHER, LUCIA / SALOMONE, LUIGI, “Manuale del pegno e dele ipoteche”, pag. 246 a 250; No penhor irregular, em caso de inadimplemento da obrigação principal, a restituição a que o credor está vinculado está limitada ao excesso dos ativos transferidos em propriedade, em relação à prestação garantida.

⁵⁴ Cfr. ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pág. 190.

gestão ao credor pignoratício e sujeitando-se ao risco de o último não proceder à restituição em caso de cumprimento garantida.

O penhor irregular pressupõe o desapossamento⁵⁵. Por vezes, as coisas que são dadas em garantia já se encontram na posse do credor pignoratício, principalmente quando já existe o depósito de disponibilidades monetárias - substancialmente qualificável como depósito irregular – que será objeto do penhor. Neste caso, este constitui-se mediante declaração ou entrega de documentos ao credor que confirmam a disponibilidade da coisa dada em garantia⁵⁶. De uma forma geral, a função de garantia do penhor resulta da subtração da disponibilidade do bem/coisa objeto de garantia da esfera jurídica do empenhador. Por isso, pressupomos que o penhor irregular se constitua eficazmente quando o poder de disposição seja subtraído à esfera do empenhador. Este penhor encontra-se expressamente consagrado no Código Civil Italiano⁵⁷.

Por outro lado, o penhor irregular tem por objeto coisas fungíveis, passíveis de substituição, permitindo, por isso, uma restituição em género.

Para além da transferência da propriedade da coisa dada em garantia, o penhor irregular distingue-se também do penhor regular no que toca ao modo de execução. Com efeito, no penhor irregular o credor não tem de recorrer ao processo executivo⁵⁸ para ver satisfeito o seu crédito, ao contrário do que se verifica, por via de regra, penhor regular.

Em geral, a constituição em penhor do saldo de conta bancária pressupõe a pré-existência de um depósito de disponibilidades monetárias. Teremos então dois contratos simultaneamente diferentes e semelhantes. Poderia, nesta sede, propor-se a conversão/convolação do depósito irregular em penhor irregular. Todavia, esta posição

⁵⁵ Esta “entrega do bem” pode não implicar o desapossamento do empenhador, mas terá de implicar a subtração da disponibilidade material sobre a coisa, por exemplo através da entrega dos respectivos documentos ou mediante declaração.

⁵⁶ DALMARTELLO, “Pegno Irregolare”, pag 803-804. O autor salienta que no caso de existir um depósito irregular antes da constituição do penhor irregular, basta apenas a entrega de documentos/títulos que confirmam ao credor a sua disposição, ou através de mera declaração.

⁵⁷ O código civil Italiano prevê, no seu artigo 1851º, o penhor irregular. Permite o vínculo através do qual se coloque na disponibilidade de um banco uma determinada soma de dinheiro.

⁵⁸ ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag.210-213, É da opinião que o mecanismo de satisfação da garantia no penhor irregular, ao contrário de outros autores que defendem o mecanismo da compensação, deverá ser feito através da figura da dedução, figura que consiste em abater ao montante de um crédito, de forma a reduzi-lo à sua justa expressão numérica a importância de certos fatores. Desta forma, ao contrário da figura da compensação, não existem dois créditos recíprocos que se extingam mutuamente, mas sim um só crédito cujo montante tem de ser diminuído de certas dívidas.

não se afigura suscetível de ser adotada, porquanto conduz à extinção do contrato de depósito e, conseqüentemente, não explica o eventual renascimento do depósito irregular no caso de cumprimento da obrigação garantida e, por conseguinte, da obrigação restitutória. Ou seja, se a conversão/convolação previr a extinção do depósito irregular e a subsistência exclusiva do penhor irregular, aquele não poderá ressurgir com a extinção deste como efeito do cumprimento da obrigação garantida.

Perante a existência destes dois contratos, de depósito e de penhor, HUGO RAMOS ALVES⁵⁹ considera estarmos perante uma união de contratos (justaposição de contratos), em que é necessário procurar um nexos que ligue os dois contratos em causa de modo a individualizar a relação construída pelas partes. Na união de contratos, porque subsiste um nexos de carácter funcional entre os vários contratos, são atribuídos efeitos ou conseqüências jurídicas novas e diferentes daquelas que são próprias de cada um dos contratos unidos entre si⁶⁰. Contudo, esta união de contratos distingue-se dos contratos mistos, uma vez que na união de contratos estes continuam autónomos, mantendo a sua individualidade, estando porém ligados entre si de acordo com a intenção dos contraentes e com o nexos funcional. Por sua vez, nos contratos mistos, as partes pretendem que opere um regulamento considerado mais amplo do que os regulamentos dos contratos individualmente considerados, de forma a que haja uma coligação num só negócio jurídico.

Neste sentido, e como referido *supra*, o penhor de conta bancária é considerado como uma garantia real, mais propriamente como um penhor irregular⁶¹, uma vez que incide sobre o saldo da conta bancária, na qual o depositário é proprietário da quantia entregue, tendo a obrigação de restituir igual quantidade do mesmo género.

Refira-se, nesta sede, que, nestas circunstâncias, muito frequentemente, o credor pignoratício é uma instituição bancária, o próprio depositário das quantias dadas em penhor e, por isso, o proprietário das respetivas quantias empenhadas. Mas, no caso de o não ser, poderá colocar-se a questão da propriedade do bem empenhado – abordada *infra*, aquando dos argumentos desfavoráveis à qualificação ora em apreço, já que temos uma entidade depositária que não é o credor pignoratício.

⁵⁹ Cfr. ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag. 204-205

⁶⁰ DUARTE, PINTO, tipicidade e atipicidade contratual, pag 54, cit., cit., “o critério da unidade de contratos é o único problema dogmático real entre os normalmente versados a propósito da união de contratos.”

⁶¹ Em sentido oposto, ANTUNES, ENGRÁCIA, “Manual dos contratos comerciais”, pag. 543-544, estamos perante um penhor especial e atípico, no qual se insere o penhor sobre depósitos bancários.

Em sentido contrário, TAPIA HERMIDA⁶² defende que o penhor de conta bancária não deve ser qualificado como um penhor irregular, mas sim como um verdadeiro penhor de créditos. Ao longo da sua obra, este autor expõe os argumentos que o levaram a afastar a qualificação do penhor de conta bancária como penhor irregular. Na doutrina e jurisprudência espanholas, este tipo de penhor tem também gerado enorme controvérsia, confrontando-se fundamentalmente as teses do penhor de créditos e do penhor irregular.

De acordo com este autor, a qualificação do penhor de conta bancária como penhor irregular poderá gerar alguma confusão, uma vez que é passível de conduzir à consideração de que o efeito translativo da propriedade se dá aquando da celebração do contrato, o que não é verdade. Na verdade, o efeito translativo da propriedade resulta do contrato de depósito bancário e, portanto, a favor da entidade depositária, independentemente de esta ser ou não o credor pignoratício.

Por outro lado, o regime do penhor irregular não explica adequadamente as hipóteses em que a instituição de crédito depositária não é o credor pignoratício. Neste sentido, se com o depósito se transfere a propriedade e a posse do dinheiro para a instituição depositária, dificilmente se pode admitir que, em virtude do penhor, o título possessório da instituição depositária seja alterado mediante um negócio jurídico em que não intervém. Ou seja, sendo a instituição de crédito proprietária do dinheiro depositado, não pode o empenhador dar em penhor a favor de terceiro credor um saldo de conta bancária cuja propriedade não lhe pertence sem, pelo menos, intervir o titular da posse do saldo bancário. Poderemos estar perante um caso de falta de legitimidade do empenhador. Este, ao celebrar um penhor irregular a favor do credor pignoratício, deve ter poder de disposição do bem dado em garantia, pois este penhor implica a transferência de propriedade para o credor pignoratício.

Perante estas conclusões acerca do afastamento da qualificação do penhor de conta bancária como penhor irregular cumpre, a meu ver, colocar a seguinte questão: Serão estes mesmos argumentos válidos quando o depósito e o penhor de conta bancária são constituídos simultaneamente, isto é, quando o depósito é celebrado com a finalidade de constituir o seu saldo em penhor?

⁶² Cfr. HERMIDA, TAPIA, “Pignoración de saldos de depósitos bancários, pag 850-915.

Ora, nesta perspetiva, tendo em conta aquilo que foi dito, no caso de o penhor de conta bancária e de o depósito bancário de disponibilidades monetárias serem celebrados simultaneamente, poderemos entender que o efeito translativo da propriedade ocorre ao mesmo tempo e não antecipadamente. Nestes moldes, não se pode dizer que o efeito translativo da propriedade se produz antecipadamente aquando da celebração do contrato de depósito, para a instituição de crédito, nos casos em que o penhor de conta bancária é concluído juntamente com o depósito.

Todavia, pode dizer-se que continuamos a ter o mesmo problema mesmo que o penhor seja constituído ao mesmo tempo que o depósito. Na verdade, sendo o credor pignoratício diferente da entidade depositária, a constituição de um penhor em que o empenhador não detém a propriedade da coisa – pois esta pertence à entidade depositária – carece de legitimidade. Muito simplesmente não pode ser empenhada a propriedade de um saldo bancário, sem que, pelo menos, o titular da sua propriedade intervenha no negócio. Assiste-se pois à transferência da propriedade para a entidade depositaria e, por isso, o autor do penhor não tem a disponibilidade direta do saldo da conta bancária, uma vez que ela pertence à entidade depositária⁶³.

3.2.3. O penhor de conta bancária como penhor de créditos

São vários os autores que qualificam o penhor de conta bancária como um verdadeiro penhor de direitos, na modalidade de penhor de créditos⁶⁴, nos termos dos arts 680º e 681º CC. É mister salientar o facto de vários autores considerarem o penhor de créditos não como uma garantia real⁶⁵, mas sim como uma garantia especial sobre

⁶³ Ibidem, pag 884, “ El depositante no puede pignorar el dinero depositado, sobre el no tiene un poder de disposición directo...” Refere-se ao facto de o depositante não poder dar de penhor o saldo bancário sobre o qual não tem um poder de disposição direto.

⁶⁴ Cfr. LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, “Garantia das obrigações”, 2012, Almedina; CALVÃO DA SILVA, “Manual direito bancário”; TAPIA HERMIDA, “Pignoración de saldos de depósitos bancários”.

⁶⁵ Neste sentido: Cfr. LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, “Garantia das obrigações”, 2012, Almedina, pag.249; CORDEIRO, MENEZES, “Direitos Reais”, pag. 754, É da opinião que o penhor de créditos não tem como objeto um direito ou uma coisa, mas sim uma prestação. Para o autor não se trata de um direito real, muito menos um penhor, apenas salienta a semelhança económica com o penhor no seu sentido próprio.

Em sentido contrário, SERRA, VAZ “O penhor”, Lisboa, 1956, cit., pag.446, “Apesar de ser discutido se esteja em face de um direito real, o seu lugar, vistas as semelhanças com o penhor de coisas, deve ser o do penhor.”

direitos⁶⁶. A grande parte dos autores não admite a tese da doutrina dos direitos sobre direitos, no qual não se considera o penhor de créditos uma garantia real.

Destarte, podemos afirmar que o penhor de créditos é a figura mais comum do penhor de direitos, assumindo grande relevância na prática bancária, como veremos adiante.

Conforme o disposto no art. 680º CC, o penhor de créditos deve incidir sobre direitos que tenham por objeto coisas móveis e sejam suscetíveis de transmissão. No que toca aos direitos de crédito, incidindo de forma indireta sobre a prestação objeto do direito em causa⁶⁷. O empenhador pode pois dar em garantia um direito de crédito que detém perante um terceiro, de forma a garantir uma determinada obrigação, crédito esse que corresponde à exigência de uma determinada prestação.

Partindo para a qualificação do penhor de conta bancária como penhor de créditos, temos de ter em conta o facto de este penhor ter como objeto o crédito de que é titular o depositante perante a entidade depositária.

Segundo TAPIA HERMIDA⁶⁸, se o depositante tem um direito de crédito à restituição do dinheiro depositado, o penhor de conta bancária tem por objeto esse mesmo direito de crédito. Considera o autor que não se trata de um penhor irregular, uma vez que a entidade depositária se tornou proprietária do respetivo saldo bancário em virtude da celebração do contrato de depósito.

Na jurisprudência convém mencionar o acórdão do Supremo Tribunal de justiça⁶⁹, de 07 junho de 2005, onde o Tribunal qualifica o penhor de conta bancária como um penhor de créditos, referindo que este penhor tem por objeto os créditos do garante perante determinada entidade financeira.

Assim, para os defensores da qualificação do penhor de conta bancária como um penhor de direito de crédito, o que realmente é dado em penhor é um direito de crédito,

⁶⁷ Cfr. ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag. 144.

⁶⁸ Cfr. HERMIDA, TAPIA, “Pignoración de saldos bancários”, pag. 870-878.

⁶⁹ Ac. Do STJ de 7 de Junho de 2005, Proc. Nº 05^A1774 (Vide <http://www.dgsi.pt/>) . Em sentido similar, o Ac. Do STJ, Proc. Nº3116/06, (vide <http://www.dgsi.pt/>) , cit., “O penhor de aplicações financeiras traduz-se num penhor de créditos, uma vez que o objeto do penhor é o crédito do depositante sobre o banco, ou seja, numa garantia especial sobre direitos, porquanto incide sobre documentos e não sobre o saldo da conta.”

ou seja, um direito de exigir uma determinada prestação de alguém, mais concretamente o direito de crédito do depositante perante o banco. Com efeito, a propriedade sobre o saldo da conta bancária transfere-se para a entidade depositária aquando da celebração do depósito, ficando o depositário obrigado a restituir ao depositante outro tanto do mesmo género e qualidade.

Ora, a grande diferença entre a qualificação do penhor de conta bancária como penhor de créditos ou penhor irregular reside essencialmente no facto de o primeiro ter por objeto o direito de crédito do depositante perante a entidade depositária, enquanto o segundo tem por objeto o saldo de conta bancária, a quantia pecuniária depositada.

A qualificação do penhor de conta bancária como penhor de créditos parece-nos ser a mais adequada, atendendo ao nosso ordenamento jurídico. Refira-se, a este propósito, a querela que a este respeito também se verifica no direito comparado. Por exemplo, a doutrina espanhola tende a aderir à tese do penhor de crédito enquanto as doutrinas francesa e italiana tendem a adotar a tese do penhor irregular⁷⁰.

3.2.4. Penhor de conta bancária como penhor financeiro

A consideração do penhor de conta bancária como penhor financeiro tem assumido um papel cada vez mais preponderante no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a aplicação do regime dos acordos de garantia financeira ao penhor de conta bancária, no caso de se verificarem os pressupostos legalmente previstos.

O penhor financeiro, regulado pelo DL. 105/2004, de 8 de maio, poderá ser considerado limitado, pois apenas se aplica aos contratos de garantia financeira que preencham os requisitos aí estabelecidos. Este diploma transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva Comunitária 2002/47/CE, na qual se refere expressamente que os acordos de garantia financeira consubstanciam uma matéria de extrema importância para o sector bancário e, por isso, prevê uma tendência de uniformização de todo o direito Bancária a nível Europeu, ou seja, visa uniformizar as várias legislações no que toca às garantias financeiras.

⁷⁰ Cfr. HERMIDA, TAPIA, “Pignoración de saldos bancários”, pag. 914-915.

Afasta-se do penhor civil, uma vez que tem um regime próprio e específico. Contudo, rege-se pelo disposto para o penhor civil em tudo o que não vier previsto no DL: o penhor financeiro rege-se subsidiariamente pelo consagrado para o penhor comum, nos termos do art. 22º do referido DL.

Para MENEZES CORDEIRO⁷¹, o penhor financeiro caracteriza-se pela entrega do seu objeto ao credor pignoratício ou tomador da garantia sem que, para isso, a propriedade se transfira. No que toca à sua natureza, o penhor financeiro constitui como que uma garantia sobre direitos⁷², uma vez que não recai sobre coisas corpóreas, mas sim sobre coisas incorpóreas com fins de garantia.

Quanto ao seu âmbito, o penhor financeiro é delimitado pelos sujeitos⁷³, objeto, exigências de desapossamento e formas de prova, segundo os arts 3º,4º,5º,6º e 7º mesmo diploma legal. Neste sentido, só pode ser constituído um penhor financeiro se forem respeitados os pressupostos consagrados no diploma em questão.

Convém referir que admite que as partes convençionem, a favor do beneficiário da garantia, o direito de disposição sobre o objeto da garantia, segundo os arts. 9º e 10º. Por outro lado, permite-se expressamente o pacto marciano - embora o legislador o tenha denominado como pacto comissório -, assim como, em caso de não cumprimento da obrigação garantida, se consente ao credor fazer seu o saldo empenhado.

O penhor de conta bancária verificados os pressupostos legalmente previstos, passou pois a ser considerado um penhor financeiro⁷⁴, regulado pelo DL nº105/2004.

Deste modo, reunidos os pressupostos dos arts. 3º - 7º do DL, podemos aplicar o regime do penhor financeiro ao penhor de conta bancária.

⁷¹ Cfr. CORDEIRO, MENEZES, “Manual Direito Bancário”, 4º ed., 2012, pag.743.

⁷² Cfr. GRAÇA, DIOGO MACEDO, “Os Contratos De Garantia Financeira, Almedina, pag.45; LEITÃO, LUIS TELES MENEZES, “Garantia das Obrigações” inclui o penhor financeiro dentro das garantias especiais de direitos. Já MENEZES CORDEIRO, considera ser, à partida, um penhor de direitos, embora considere não ser um verdadeiro direito real de garantia, uma vez que a garantia não implica uma coisa corpórea.

⁷³ Cfr. JUSTO, A.SANTOS, “Direitos Reais”, 2º ed., Coimbra Editora, pag.488, “...o penhor financeiro é uma figura jurídica específica a que podem recorrer determinadas pessoas jurídicas para garantia de obrigações financeiras.”

⁷⁴ Neste sentido LEITÃO, LUIS TELES DE MENEZES, “Garantia das Obrigações”, 4º Ed., 2012, pag.258, cit., “É de referir que o penhor de conta bancaria passou a ser considerado penhor financeiro e regulado pelo D.L 105/2004, de 8 de Maio.”

De um ponto de vista jurisprudencial, o Ac. Do Tribunal da Relação do Porto, Proc. Nº 2156/08.5, (in dgsi.pt), “Com o DL nº 105/2004, de 8 de Maio que aprovou o regime jurídico dos contratos de garantia financeira e transpôs para a ordem jurídica interna a diretiva 2002/47/CE, o penhor de conta bancaria passou a ser considerado como um penhor financeiro, podendo ser conferido ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objeto”.

3.3. Regime de funcionamento do penhor de Conta Bancária

O penhor de conta bancária, considerado como um penhor com algumas especificidades, tem um regime de funcionamento também tido como especial, já que prevê a cativação do saldo em conta.

Pode dizer-se que este regime especial se justifica no facto de a conta bancária implicar uma representação escritural do crédito do depositante. Esta representação escritural tem como efeito a disponibilidade bancária imediata do crédito, assumindo, sem dúvida alguma, uma mais valia, pois é conferido ao saldo um valor patrimonial próprio, idóneo, de forma a poder ser autonomamente objeto de situações jurídicas⁷⁵. Assim, existindo a representação escritural da conta, define-se, desde logo, qual o seu valor patrimonial, de forma a poder ser dado em garantia.

Destarte, aquando da constituição do penhor sobre a conta bancária pertencente ao empenhador, deve o saldo em conta ser cativado, de forma a impossibilitar que sofra alterações. Vê-se, assim, o depositante privado de poder dispor desse saldo, visto ter sido dado em garantia do cumprimento de uma obrigação. De certo modo, não tinha lógica ser dada em garantia uma conta bancária e o próprio empenhador poder utilizar essa mesma garantia, pois tal levaria a defraudar as expectativas do credor em relação ao seu crédito. Esta apreensão do saldo em conta é a única forma de salvaguardar a garantia prestada pelo empenhador.

Uma vez o penhor constituído, o empenhador obriga-se a não movimentar o presente saldo bancário enquanto a dívida não for liquidada. A garantia prestada permite ao credor, em caso de incumprimento, valer-se dos mecanismos próprios para proceder à execução, de forma a conseguir obter o cumprimento da obrigação.

⁷⁵ Cfr. NUNES, CONCEIÇÃO, “Depósito e Conta”, in AAVV, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles, Vol.II, Coimbra, 2002, pag.67-88.

3.4. Execução do Penhor de conta bancária

Naturalmente que o credor pignoratício só poderá recorrer à execução do penhor quando vencida a obrigação e não sendo a mesma sido cumprida definitivamente⁷⁶.

Nos termos do regime geral do penhor, segundo o art. 675º, nº 1, do CC, vencida a obrigação, o credor adquire o direito de se pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada, podendo a venda ser realizada extraprocessualmente, se as partes assim o tiverem acordado. Esta venda executiva permite ao credor ver satisfeito o seu crédito com o produto da venda do bem empenhado, uma vez que não pode fazer sua a coisa dada em garantia, segundo a proibição do pacto comissório (que visa a tutela do devedor), prevista no art. 694º do CC, aplicável ex vi art. 665º do CC.

Aquela venda poderá ser feita judicial ou extrajudicialmente. Segundo MENEZES CORDEIRO, este tipo de venda extraprocessual deverá ser adotado pelas partes no caso de existir mercado para os bens em causa, de forma a evitar despesas relacionadas com o processo em si.

Poderão, ainda, os interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar, segundo o art. 675º, nº 2, do CC.

Centrando-nos agora no penhor de conta bancária, estando em causa um penhor de créditos, o regime de execução poderá ser um pouco diferente do previsto no art. 675º do CC. Deste modo, o credor pignoratício não se torna titular de qualquer crédito, mas apenas legitimado a poder agir sobre o crédito dado em penhor⁷⁷, o que em princípio não obstará a que o credor possa fazer valer-se do instituto da compensação⁷⁸ do crédito de que seja titular contra o empenhador, de forma a ver os seus direitos satisfeitos, desde que verificados os pressupostos previstos no art. 847º do CC. A compensação consiste, essencialmente, numa forma de extinção das obrigações, em que estando em causa o facto de duas pessoas serem reciprocamente credor e devedor,

⁷⁶ Cfr. CORDEIRO, ANTONIO MENEZES, “Tratado de Direito Civil X”, pag. 670

⁷⁷ ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag. 169-174, cit., “...O credor pignoratício não fica titular de qualquer crédito, encontrando-se antes legitimado, em casos circunscritos, a agir sobre o crédito empenhado.”

⁷⁸ LIMA, PIRES/ VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado”, Vol II, pag.134 e ss.; Em comentário ao artigo 847º do CC, consideram os autores que a compensação é uma forma de extinção das obrigações em que, no lugar do cumprimento, como sub-rogado dele, o devedor opõe o crédito que tem sobre o credor. Ao mesmo tempo que se exonera da sua dívida, cobrando-se do seu crédito, o compensante realiza o seu crédito liberando-se do seu débito, por uma espécie de ação direta.

possam livrar-se da sua obrigação mediante a compensação com a obrigação do seu credor.

Tratando-se de compensação convencional, ou seja, havendo acordo das partes para que haja compensação de créditos, a extinção do crédito poderá ocorrer sem a verificação dos requisitos que a lei exige para a compensação legal⁷⁹.

Celebram-se, com frequência, designadamente no tráfico comercial, acordos em que as partes permitem a compensação de créditos. Ao abrigo do princípio da liberdade contratual, plasmado no art.405º do CC, podem as partes convencionar o mecanismo da compensação de créditos, sem obrigatoriamente estarem cumpridos os pressupostos desta figura jurídica presentes no art.847º do CC. É mister salientar que, segundo HUGO RAMOS⁸⁰, esta compensação convencional abarca várias situações com estruturas diferentes, tais como, os casos em que as partes estipulam a compensação dos créditos para relações de crédito já constituídas; situações em que as respetivas partes moldam a compensação aos seus interesses, estipulam os termos e condições em que poderá ocorrer a compensação; e por último, o facto de as partes poderem convencionar que, em relação aos frutos, estes sejam compensados com juros.

No caso de ser dada em penhor uma conta bancária, as partes, via de regra, convencionam um efeito antecipado de compensação. Este acordo das partes é suscetível de suscitar alguma perplexidade, no sentido de estarmos perante outra garantia semelhante ao penhor, pelo simples facto de a declaração de compensação levar à extinção dos créditos compensados. Hugo Ramos, considera que o penhor de conta bancária leva à origem da preferência na satisfação do crédito em relação aos credores comuns, enquanto à compensação convencional compete a tarefa de legitimar a própria compensação operada, por norma, pelas entidades financeiras em caso de incumprimento por parte do empenhador.

Do meu ponto de vista, e seguindo a linha de pensamento de TAPIA HERMIDA⁸¹, temos, nesta situação, de analisar alguns aspetos fundamentais. Ora, em caso de incumprimento por parte do empenhador, o procedimento tradicional de

⁷⁹ Cfr. VARELA, ANTUNES, “Das Obrigações em geral”, Vol.II, 4edº, Almedina, pag. 188-204.

⁸⁰ Cfr. ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina, pag.168 e ss.

⁸¹ Cfr. HERMIDA, Tapia, “Pignoración de saldo de depósitos bancários”, in AAVV, Tratado de Garantias en la Contratación Mercantil, Tomo II, Garantias Reales, Vol.I, Madrid, 1996, pag. 896-898.

execução da coisa empenhada, previsto no art. 675º do CC, será neste caso alterado uma vez que se trata, não de uma coisa, mas sim de um direito de crédito.

Impõe-se pois distinguir entre duas situações. Na primeira, sendo o credor a entidade depositária, a execução do penhor é substituída pela compensação entre o crédito empenhado e o crédito garantido. Em termos práticos, o banco credor procederá à compensação de forma a ver o seu crédito satisfeito, uma vez que o saldo bancário foi cativado e, assim, o banco pode lançar mão da compensação com o saldo dado em penhor. Por seu turno, na segunda, o credor não é a entidade depositária. Isto implica uma forma especial de executar a garantia, já que a compensação se encontra dificultada. Assim, a execução poderá ser feita por requerimento de pagamento à entidade depositária, acompanhado do respetivo contrato de penhor, de forma a que a entidade depositária proceda à compensação do crédito garantido. Estando cumpridos estes pressupostos, pode a entidade depositária proceder à compensação do respetivo crédito e satisfazer, logo de seguida, o credor pignoratício. Em virtude do instituto da compensação, deixaremos de recorrer ao procedimento tradicional referido supra, sendo, sem dúvida, a melhor forma de garantir os direitos do credor pignoratício, de uma forma mais célere do que o procedimento tradicional.

CONCLUSÃO

Em virtude do que foi mencionado, o penhor de direitos é uma garantia do cumprimento das obrigações, consagrada no CC e visa, essencialmente, conferir ao credor o direito à satisfação do seu crédito, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certos créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro. Ora, é indubitável que, para uma melhor compreensão do penhor de conta bancária, será necessário uma breve referência ao penhor de direitos, uma vez que o incluímos no seio dos penhor de direitos.

Em relação ao penhor de conta bancária, concluímos ser alvo de algumas divergências doutrinárias por parte da doutrina quanto à sua qualificação jurídica. Assim, a qualificação jurídica deste penhor é de extrema relevância e, talvez, o ponto mais explorado na presente dissertação, visto ser através da sua qualificação que conseguimos determinar qual o regime jurídico a aplicar à presente garantia. No nosso entendimento, seguimos a posição de que o penhor de conta bancária se qualifica como sendo uma garantia especial sobre direitos, na modalidade de penhor de créditos, pois o penhor de conta bancária não incide sobre o dinheiro depositado, que é propriedade da entidade financeira, mas antes sobre o crédito que o depositante é titular sobre a mesma entidade financeira, obrigando-se o depositante a manter o provisionamento da conta. Seguindo esta classificação, insistimos no facto de ser a mais coerente, pois o empenhador ao dar de garantia um determinado depósito bancário, está a empenhar um direito de crédito que possui, em virtude desse depósito, sobre aquela entidade financeira, ou seja, empenha o direito que tem de exigir determinada prestação da entidade financeira, é esse direito que é empenhado a favor do credor pignoratício.

Apesar das restantes qualificações do penhor de conta bancária como sendo um penhor irregular ou como uma garantia pessoal não serem as que melhor caracterizam esta garantia, consideramos serem essenciais para procedermos a uma conclusão acerca da garantia.

Além do nosso ordenamento jurídico não consagrar expressamente esta figura, somos da opinião que ela resulta expressamente do princípio da liberdade contratual (405º, do CC), permitindo às partes moldar esta figura aos interesses pretendidos.

Por último, exploramos, de certa forma, o modo de execução do penhor de conta bancária, ao atribuímos alguma relevância prática nesta questão em específico. Chegamos à conclusão de que neste tipo de garantia, o regime de execução, previsto no artigo 675º do CC, não é o mais indicado para satisfazer a garantia do credor pignoratício. Propugnamos que a melhor forma de poder executar esta garantia será através da figura jurídica da compensação, com as necessárias adaptações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, HUGO RAMOS, “Do Penhor”, Almedina
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, “Direito Dos Contratos Comerciais”, Almedina.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “Direito Das Obrigações”, 12º ed. Revista e Atualizada, Almedina.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “ Manual de Direito Bancário”, 4º ed., 2012, Almedina.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “ Da compensação no Direito Civil e no Direito Bancário”, Coimbra, Almedina, 2003.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Tratado de Direito Civil X Direito das Obrigações”, Almedina.
- CORDEIRO; ANTÓNIO MENEZES, “ DIREITOS REAIS”, 1993.
- DALMARTELLO, “Pegno Irregolare”
- DERNBURG, “Diritti reali”, Vol I
- DA SILVA, CALVÃO, “Direito Bancário”
- DUARTE, PINTO, “Tipicidade e Atipicidade Dos Contratos”, coleção teses
- HERMIDA, TAPIA, “Pignoración de saldo de depósitos bancários”, in AAVV, Tratado de Garantias en la Contratación Mercantil, Tomo II, Garantias Reales, Vol.I, Madrid, 1996.
- JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, “ Direitos Reais”, 2º ed., Coimbra Editora.
- LUCIA ORSINGHER- LUIGI SALOMONE, “Manuale del pegno e dele ipoteche”
- LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, “Garantias das obrigações”, 2012, 4º ed., Almedina.
- LIMA, PIRES DE/ VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado”, Vol II.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO/ DA PONTE, PEDRO FUZETA, “ Garantias de Cumprimento”, 4ºed., Almedina.
- NUNES, FERNANDO CONCEIÇÃO , “Depósito e conta”, em ANTONIO MENEZES CORDEIRO/LUIS MENEZES LEITÃO/JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, II- Direito Bancário
- GRAÇA, DIOGO MACEDO, “Os Contratos De Garantia Financeira”, Almedina
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, “Assunção Fidejussória de Dívida”, coleção teses.
- SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, “PENHOR”, Lisboa, 19956.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “ Das Obrigações Em Geral”, Vol I, 10º ed, Almedina.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “ Das Obrigações Em Geral”, Vol II, Almedina

VASCONCELOS, L.MIGUEL PESTANA DE, “Direito das Garantias”, 2º ed., Almedina

WEBGRAFIA

www.diritto.it

www.dgsi.pt