



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Questões a propósito da Natureza jurídica do Penhor da Conta Bancária

Ana Rita Sá Dias Ribeiro

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

“Questões a propósito da Natureza jurídica do Penhor da Conta Bancária”

Mestrado em Direito da empresa e dos negócios

Ana Rita Sá Dias Ribeiro

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Em memória do meu Pai.

“Colocar ao lado da noção de direito a noção de dever, é a tarefa daqueles a quem cabe a missão de solidificar o edifício que a revolução social fundou.”

Dom. Pedro V.

Agradecimentos

Embora, a tese tenha sido um trabalho autônomo, estou completamente ciente, que tal não teria sido possível sem ajuda da minha família e amigos.

Neste sentido, quero deixar uns agradecimentos especiais.

Em primeiro lugar, à minha mãe por ter sido um grande pilar durante todo o meu percurso acadêmico.

Aos meus avós, por terem possibilitado a concretização de um sonho, e por nunca me terem desamparado.

Ao Bruno, por ter sido tão paciente e compreensivo nas minhas ausências, em virtude do estudo.

E ainda aos meus amigos de sempre, bem como aos novos amigos que a faculdade me deu, deixar um agradecimento por todo o companheirismo vivido nos últimos tempos.

Resta ainda, deixar um profundo agradecimento à orientadora da presente tese, Isabel Meneres Campos, que desenvolveu um papel fundamental na orientação da mesma.

Resumo

A presente tese de mestrado, tem como tema “Questões a propósito da natureza jurídica do penhor da conta bancária”. O objetivo final deste trabalho será perceber qual a natureza jurídica do penhor da conta bancária, compreender se o mesmo se trata de um penhor, e se for este o caso, que tipo de penhor será, ou se por outro lado, estamos na presença de uma garantia de outro tipo.

Para este efeito, iremos estudar a temática da garantia das obrigações, bem como os diversos tipos de penhores, centrando as nossas atenções também, no penhor financeiro e no penhor irregular.

Além disso, iremos analisar o regime jurídico do penhor da conta bancária, verificando os elementos diferenciadores deste tipo de penhor.

No final chegaremos à conclusão que estamos perante um penhor de direitos, pois o que é empenhado é direito de crédito que o cliente detém sobre o banco, em virtude do depósito bancário que efetuou.

Palavras Chaves: Penhor, penhor da conta bancária, natureza jurídica, regime jurídico, depósito bancária, depósito irregular, contrato de mútuo, conta a prazo, conta à ordem, cláusula de movimentação antecipada, penhor irregular, penhor de direitos

Abstract

The subject of this dissertation is “Questions regarding the legal nature of the pledge of the bank account”. The aim of this paper is to understand the legal nature of the pledge of the bank account. , namely, to realize if it is a pledge itself or if we are dealing with a different type of guarantee. If it is actually considered a pledge, then it is needed to find out, what kind of pledge it is.

Thus, in order to determine the legal nature of a pledge over monies in an account, we decided to examine the context of the topic, by studying the institute of the guarantee obligations, as well as the different kinds of pledges, focusing our attention also in the financial pledge and on the irregular pledge.

We concluded that the legal nature of the pledge of the bank account to its legal nature we will be dealing with a pledge of law, because the pledge's object is the credit claim that the client owns over the Bank, originated by the loan contract celebrated with the Bank at the time that created the fixed-term-deposit.

Key words: Pledge, pledge of bank account, legal nature, legal regime, bank deposit, irregular deposit, loan agreement, term account, current account, advance movement clause, irregular lien, pledge of rights.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas.....	pág. 1
Introdução.....	pág. 2
1.º O penhor	
1.1 A Figura do penhor como uma garantia da obrigação.....	pág.3
1.2 A caracterização da figura jurídica do penhor.....	pág.5
1.2.1 O objeto do penhor.....	pág.6
1.2.2 Constituição do penhor.....	pág.6
1.3 O penhor de coisas.....	pág.8
1.3.1 O objeto do penhor de coisas.....	pág.9
1.3.2 Constituição do penhor de coisas.....	pág.9
1.4. O penhor de direitos.....	pág.10
1.4.1 O objeto do penhor de direitos.....	pág. 10
1.4.2 Constituição do penhor de direitos.....	pág.10
1.5 A evolução da utilização do penhor nas relações comerciais e no âmbito do Direito bancário.....	pág.11
1.6 O penhor irregular.....	pág. 12
1.6.1 O objeto do penhor irregular.....	pág. 13
1.6.2 Constituição do penhor irregular.....	pág.13
1.6.3 O regime de funcionamento do penhor irregular.....	pág. 13
1.7 O penhor financeiro.....	pág. 14
1.7.1 O surgimento do penhor financeiro.....	pág. 14
1.7.2 O objeto do penhor financeiro.....	pág. 14
1.7.3 Aspetos particulares do penhor financeiro.....	pág. 14

2.º O penhor da conta bancária

2.1 Caracterização do regime do penhor da bancária.....	pág. 16
2.2 Especificidades do regime penhor da conta bancária.....	pág. 17
2.3 Os contratos bancários existentes no âmbito penhor da conta bancária.....	pág.17
2.3.1 O empréstimo bancário.....	pág.17
2.3.2 O depósito bancário.....	pág.18
2.3.2.1 A questão de o depósito bancário constituir um depósito irregular ou contrato de mútuo.....	pág.19
2.3.2.2 A questão de o depósito estar constituído antes do penhor.....	pág.22
2.4 A cativação do saldo da conta bancária.....	pág.22
2.5 A extinção do penhor da conta bancária.....	pág. 23
2.6 A execução do penhor da conta bancária.....	pág.24
2.6.1 A proibição do pacto comissório.....	pág.25
2.6.2 A compensação impropria existente no âmbito do penhor da conta bancária...	pág.25
2.7 Diferenças do regime de funcionamento do penhor da conta bancária, relativamente ao penhor comum.....	pág.26

3.º capítulo: A natureza jurídica do penhor da conta bancária

3.1 O penhor da conta bancária como uma garantia pessoal.....	pág.27
3.1.1 Visão da Jurisprudência.....	pág.27
3.1.2 Visão doutrinal.....	pág.28
3.2 O penhor da conta bancária como um penhor de direitos.....	pág.29
3.2.1 Visão da Jurisprudência.....	pág.29
3.2.2 Visão doutrinal.....	pág.31
3.3 O penhor da conta bancária como um penhor financeiro.....	pág.32
3.3.1 Visão da jurisprudência.....	pág.32

3.3.2 Visão doutrinal.....	pág.34
3.4 O penhor da conta bancária como um penhor irregular.....	pág.34
3.4.1 Visão da jurisprudência.....	pág.34
3.4.2 Visão doutrinal.....	pág.35
3.5 Posição adotada.....	pág.36
3.5.1 A dúvida entre a existência de uma garantia pessoal ou real, no âmbito do penhor da conta bancária.....	pág. 36
3.5.2 Quanto à possibilidade de estarmos perante um Penhor financeiro.....	pág.38
3.5.3 O penhor da conta bancária é um penhor direitos ou penhor irregular?.....	pág.39
3.5.4 Consequências práticas da atribuição da natureza jurídica.....	pág.42
Conclusão.....	pág.43
Referencias bibliográficas.....	pág.44

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Art.º - Artigo

Arts.º- Artigos

CC - Código Civil

CCM – Código Comercial

CRPredial - Código do Registo Predial

Dec.- Decreto

n.º - Número

Pág.- Página

Págs – paginas

Vol.- Volume

Introdução:

A presente dissertação de mestrado, cujo o tema é: “Questões a propósito da natureza jurídica do penhor da conta bancária”, tem como objetivo dar a conhecer melhor esta figura jurídica, embora atípica, bastante presente na praxis bancária.

A nossa escolha quanto ao tema recaiu sobre tal temática, pois pareceu-nos bastante interessante tratar um tema que não se encontra completamente explorado pela doutrina portuguesa.

É inevitável ficar indiferente à grande importância prática, que o penhor da conta bancária assume no âmbito das relações bancárias assim, e como sempre tivemos um grande interesse pela área do Direito bancário, pensamos que seria uma boa ideia, concentrar as nossas atenções sobre o penhor da conta bancária, para tema central do presente trabalho. Quanto, à escolha do título, pareceu-nos que efetivamente, a maior querela que existe no seio da doutrina, é efetivamente, quanto à natureza jurídica do penhor da conta bancária. E acresce que, tendo em conta que estamos perante uma figura jurídica que não encontra a sua regulamentação, expressamente prevista na lei, é essencial termos mais certezas, no que à sua natureza jurídica, diz respeito, para que possamos perceber se o regime de funcionamento, que tem vindo a ser aplicado ao penhor da conta bancária tem sido o mais adequado.

Face ao exposto, o nosso trabalho será então dividido em três capítulos. O primeiro capítulo terá como objetivo abordar a temática geral da garantia das obrigações, nomeadamente a garantias especiais das obrigações. Além disso, nesta primeira fase do trabalho, pareceu-nos relevante fazer um estudo sobre o penhor, propriamente dito, e como tal, iremos também explorar, os diferentes tipos de penhores, que apresentam alguma proximidade ao penhor da conta bancária. Por outro lado, na segunda fase do nosso trabalho, iremos centrar as nossas atenções no regime de funcionamento do penhor da conta bancária, tentando dar destaque às especialidades que o mesmo apresenta. Por último, no terceiro capítulo da presente dissertação, iremos tentar perceber, qual é efetivamente, a natureza jurídica do penhor da conta bancária e tentar responder a algumas questões, que tal problemática pode levantar.

O penhor

1.1 A figura do Penhor como garantia das obrigações

É essencial, mencionar a importância que as garantias das obrigações assumem no mundo jurídico, nomeadamente no âmbito do cumprimento e não cumprimento das obrigações, como tal podemos dizer que a garantia das obrigações corresponde, no sentido bastante amplo, à garantia da própria relação jurídica.¹

No âmbito da temática da garantia das obrigações, impõe-se fazer a distinção, entre a garantias comuns e as garantias especiais.

Quando falamos, em garantia comum estamos a referir-nos ao património do devedor, conforme está consagrado no Art.º 817.º do CC. Todos os credores terão acesso ao património do devedor e poderão satisfazer as suas dívidas, em situação de igualdade, através do mesmo.² Quando, mencionamos que os credores se encontram em situação de igualdade, estamos portanto, a querer fazer referência ao facto, de não existir preferência por parte de alguns dos credores em relação aos restantes. Como tal todos poderão pagar as suas dívidas recorrendo ao património do devedor, sem que, no entanto, algum credor tenha preferência em relação aos outros.

A esta garantia geral das obrigações³ pode acrescer um especial reforço, estamos a referir-nos à figura jurídicas das garantias especiais, estas têm como objetivo reforçar a garantia geral das obrigações⁴, que conforme já foi explicado, é atribuída a todos os credores, segundo o Art.º 817.º do CC. As garantias especiais podem ser constituídas por lei ou negócio jurídico, e a sua missão será atribuir um privilégio ao credor que é detentor da garantia especial.⁵

Ora, no âmbito da temática das garantias especiais, será necessário ter em atenção que estas se dividem, em garantias reais e garantias pessoais. Começando, por caracterizar as

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *“Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico- Vol. I”*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 1992: pág. 548

² TELLES, Inocêncio Galvão, *“Direito das Obrigações”*, 5.ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 1986: pág. 45

³ PROENÇA, José Carlos Brandão, *“Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações”*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017: pág. 502

⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, cit.: pág. 45 e 46

⁵ TELLES, Inocêncio Galvão, cit.: pág. 45 e 46

garantias reais, podemos dizer que as mesmas se traduzem na afetação de determinado bem ou bens, cuja a propriedade pode ser do próprio devedor ou então de um terceiro, ao pagamento de certas dívidas.⁶ Como tal, no caso do devedor principal não cumprir com a obrigação, a que se obrigou, poderá então o credor satisfazer-se através dos bens, que foram dados em penhor ou hipotecados.

É ainda importante, não esquecer, que o credor que possui a garantia especial adquire através da mesma, o direito de ser pago com preferência em relação a qualquer outro credor, pelo valor dos bens ou rendimentos destes.

Como exemplo de garantia real, podemos apontar a hipoteca, sendo que esta é bastante frequente nos dias de hoje, sobretudo na praxis bancária, quando estamos perante a concessão de crédito imobiliário. A hipoteca irá conferir ao credor, o direito de se pagar do seu crédito com preferência sobre os demais credores sobre o valor de certos imóveis ou a eles equiparados, pertencentes ao devedor ou a terceiros, conforme dispõe o Art.º 686.º do CC.⁷ No entanto, também encontramos com grande frequência a figura do penhor, neste sentido mais à frente iremos desenvolver melhor o estudo sobre o penhor.

A outra figura jurídica que encontramos no âmbito das garantias especiais, são as garantias pessoais, estas surgem quando uma ou várias pessoas, diferentes do devedor se obrigam a realizar as prestações, no caso de este não cumprir com as mesmas. Estas obrigações a que os próprios dos garantes se comprometem, acabam também por ter repercussões no património dos mesmos, dado que depois de ser prestada a garantia pessoal, em caso de haver incumprimento por parte do devedor, o credor poderá então satisfazer-se através do património do garante.⁸ O exemplo mais comum, que podemos apontar no caso das garantias pessoais, será a fiança, neste caso específico, o fiador irá responder com todo o seu património, caso o devedor não cumpra com a obrigação garantida.

Dentro da temática das garantias especiais, é ainda preciso chamar atenção para o facto, de a mesma poderem surgir na figura das garantias típicas, ou seja, aquelas que dispõe de uma regulamentação legal, ou por lado, podem surgir ao abrigo da liberdade contratual, estamos, portanto, a referir-nos às garantias atípicas. Neste âmbito, será relevante não

⁶ TELLES, Inocêncio Galvão, cit.,: págs. 45 e 46

⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão, cit.: págs. 537 e 538

⁸ TELLES, Inocêncio Galvão, cit.: págs. 45 e 46

esquecer, o princípio da tipicidade estabelecido para os direitos reais, conforme dispõe o Art. 1306.º do CC. Podemos concluir, que no nosso ordenamento jurídico, as garantias reais serão sempre para além de reais, também garantias não atípicas, conforme impõe o princípio da tipicidade.⁹

No entanto, tal facto não tem impedido, o surgimento, cada vez mais das garantias anómalas ou impróprias, bem como a utilização de certos institutos jurídicos com fins de garantia, que vão tirando lugar às garantias que denominamos como garantias tradicionais.¹⁰

É bastante notória, a crescente importância assumida pelo crédito bancário na vida social, tal facto, terá implicado um acréscimo de situações em que o Direito é chamado a intervir como meio destinado à solução de casos concretos. Na maioria dos casos, o Direito bancário recorre a instrumentos civis preexistentes, introduzindo nos mesmo algumas especialidades que surgem da própria atividade bancária.¹¹

Nos dias de hoje, os grandes credores são os banqueiros, e como tal, estes recorrem muitas vezes às garantias tradicionais portuguesas, como é o caso do penhor e da hipoteca, e acrescentam às mesma alguns traços especificamente bancários.¹²

Ora, foi exatamente, no seio da prática bancária, que ocorreu o surgimento do penhor da conta bancária¹³, que ocupa o tema central do presente trabalho.

1.2 Caracterização da figura jurídica do penhor

Como já foi referido, o penhor é uma garantia real de uma dívida, que se constitui pela entrega ao credor, pelo devedor ou por uma terceira pessoa, de uma coisa móvel¹⁴, que fica a garantir o cumprimento da obrigação.¹⁵ O Penhor confere ao seu titular uma

⁹ CORDEIRO, António Menezes, “*Direito Bancário*”, 6.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2017: pág. 804

¹⁰ CORDEIRO, António Menezes cit.: pág. 804.

¹¹ FERREIRA, Bruno “*Contratos de Crédito Bancário e Exigibilidade Antecipada*”, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2011: págs. 10, 11 e 12

¹² CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 804.

¹³ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, “*Direito das Garantias*”, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013: pág. 334

¹⁴ Entrega de uma coisa, no caso de ser um penhor de coisas.

¹⁵ PRATA, Ana, (dir.), “*Dicionário Jurídico*”, Vol. I, 5ª edição, Almedina, Coimbra 2008, pág. 1033

preferência na satisfação do seu crédito, pelo produto da alienação da coisa móvel ou de outro bem sobre o qual incide.

Como meio preambular, é essencial dizer que o regime jurídico do penhor, é muitas vezes construído por remissão para o regime da hipoteca, conforme dispõe o art.º 678.º do CC, assim para melhor conseguirmos estudar o penhor, teremos muitas vezes que analisar as normas jurídicas que disciplinam e regulam a figura da hipoteca.

1.2.1 O objeto do penhor:

Iniciando o estudo sobre o regime jurídico do penhor, pensamos que seja propício proceder à análise do art.º 666º do CC:

Optando por centrar as nossas atenções, no n.º 1 do Art.º 666.º do CC, conseguimos então dizer que, podem ser dados em penhor tanto coisas móveis, como créditos ou outros direitos não hipotecáveis.

Podemos encontrar duas modalidades de penhor: o penhor de coisas e o penhor de direitos. Sendo que, de forma bastante genérica, podemos afirmar que o penhor de coisas recai sobre bens móveis, enquanto no âmbito do penhor de direitos se empenha, como o próprio nome indica, direitos. Sendo que, mais à frente, no presente trabalho, iremos debruçar-nos com mais profundidade sobre o penhor de direitos.

1.2.2 Constituição do penhor

Começaremos a análise da temática da constituição do penhor por discutir se será possível ou não, que esta garantia real, se constitua de forma unilateral. Neste sentido, teremos que ter presente que o regime da hipoteca se aplica por remissão ao regime jurídico do penhor, conforme já foi mencionado. Portanto, somos da opinião, que é possível que a constituição do penhor ocorra de forma unilateral, conforme o disposto na parte final do Art.º 712.º do CC: “... *ou declaração unilateral*”. No entanto, conforme refere Hugo Ramos Alves¹⁶: “a declaração unilateral de constituição tem de ser considerada reptícia, como tal a mesma só se torna eficaz quando o seu destinatário toma conhecimento da

¹⁶ ALVES, Hugo Ramos, “*Do Penhor*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010: págs. 94 e 95

constituição do penhor, a partir deste momento, a mesma torna-se irrevogável, conforme impõe as normas do art.º 224.º e do art.º 230., n.º 1 do CC, que devem também ser aplicados neste âmbito.

Quanto à constituição do penhor propriamente dita, o mesmo pode ser constituído pelo próprio devedor ou por um terceiro, sendo que conforme dispõe o Art.º 667º, n.º1 do CC, só tem legitimidade para constituir os bens em penhor quem os puder alienar.¹⁷ No que diz respeito à constituição do penhor por parte de terceiro, teremos que observar o estabelecido no art.º 717.º do CC, ou seja, o penhor extingue-se sempre que um facto positivo ou negativo do credor, tenha impossibilitado a sub-rogação do devedor.¹⁸

Além disso, e conforme refere Almeida Costa, embora a lei não o diga expressamente, este terceiro não poderá invocar o benefício da excussão prévio (conforme faz o fiador), pois na realidade na fiança, o garante obriga-se com todo o seu património, ou contrário deste terceiro, que constitui o penhor, dado que o mesmo incide apenas, sobre um dos seus bens. Parecendo que e conforme refere Almeida costa¹⁹, e no nosso entender de forma bastante assertiva, estamos perante intenções diferentes, por parte do fiador e do terceiro que constitui o penhor, e como tal, embora o regime do penhor não o diga expressamente, também nós pensamos que seja possível concluir que o terceiro não terá acesso ao benefício da excussão prévia.

No âmbito, da constituição do penhor, é ainda importante dizer que pode ocorrer o desapossamento ou não. Este desapossamento caracteriza-se pela perda de disposição material sobre a coisa, e tem essencialmente uma função de publicidade, serve para que as restantes pessoas se apercebam que o proprietário do bem já não tem a disponibilidade material desse bem.²⁰

Depois de estar constituído o penhor, e no caso de haver incumprimento por parte do devedor, o credor pignoratício vai então, preferencialmente, satisfazer o seu crédito. O penhor constitui sempre um privilégio atribuído ao credor que, no entanto, não implica qualquer obrigação da parte do mesmo de apenas executar os bens empenhados. Além disso, a existência do penhor não torna o bem empenhado impenhorável para os restantes

¹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “*Direitos Reais*”, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018: pág. 406

¹⁸ COSTA, Mário Júlio Almeida, “*Direito das obrigações*”, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008 cit.: pág. 924

¹⁹ COSTA, Mário Júlio Almeida, cit.: pág.924

²⁰ NETO, Abílio, “*Código Civil Anotado*”, Almedina, Coimbra, 2016: pág. 727

credores, porque o bem empenhado não deixa de integrar o património do devedor. Mas no caso de estarmos perante um concurso de credores, mesmo que a iniciativa da penhora tenha sido de outro credor, o credor pignoratício prefere.²¹

O penhor atribui ao credor uma posição bastante mais satisfatória, quando em comparação, com o regime aplicável aos restantes credores. O principal poder compreendido no penhor é o de obter a satisfação de um crédito (incluindo dos juros a que o mesmo dê direito), com preferência sobre os demais credores, desde que estes não sejam titulares de direitos mais fortes²², ou seja, sejam meros credores comuns, que tem apenas como garantia o património do devedor. Além disso, o penhor atribui ao seu titular um direito de preferência, que este poderá exercer, assim que ocorra o incumprimento por parte do devedor, sem que seja necessária a concordância dos restantes credores.²³ Alias, em qualquer que seja a modalidade do penhor, este constitui sempre um fator de preferência para o credor, titular do mesmo, no que diz respeito à satisfação do crédito (privilégio), através do produto da alienação da coisa móvel, direito ou outro bem sobre o qual o penhor incide. Por outro lado, o penhor não traz qualquer obrigação, para o credor titular do mesmo, no sentido de este apenas poder executar o bem penhorado.²⁴

Neste momento, e depois de conseguirmos perceber a importância que a figura do penhor ocupa no atual mundo jurídico, parece-nos bastante pertinente centrar as nossas atenções, em alguns tipos de penhor. Começando por analisar a figura do penhor de coisas e de direitos, pois estes são os dois tipos de penhores previstos na nossa lei. Vamos também estudar a figura do penhor irregular e do penhor financeiro, dado que estes penhores, juntamente com o penhor de direitos, são apresentados pela doutrina e jurisprudência, como figuras próximas à figura central do nosso estudo, o penhor da conta bancária.

1.3 O penhor de coisas

²¹ MARTINEZ, Pedro Romano et al., cit.: págs. 264 e 265

²² PRATA, Ana (dir.), *“Dicionário Jurídico”*, cit.: pág. 845

²³ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *“Direito das Garantias”*, cit.: pág. 239, 240, 241 e 242

²⁴ MARTINEZ, Pedro Romano et al., *“Direito das obrigações - programa 2003/2004-apontamentos”*, AAFDL, Lisboa, 2003: págs. 264 e 265

1.3.1 O objeto do penhor de coisas:

Como já foi referido anteriormente, o penhor de coisas recai sobre bens móveis.

1.3.2 A constituição do penhor de coisas

É importante chamar atenção para a essencialidade que assume a entrega da coisa empenhada, ou do documento que confira a exclusividade da mesma ao credor ou a terceiro, no âmbito da constituição do penhor de coisas. O autor do penhor acaba assim por perder a disposição material, que tinha sobre a coisa que foi empenhada.

Segundo, impõe o Art.º 669.º, n.º1 do CC, o penhor de coisas só produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada ou do documento que confira a exclusividade da disponibilidade da mesma ao credor ou a terceiro, sendo que, neste último caso estamos perante as chamadas “cauteladas de penhor”, representativas de coisas depositadas ou embarcadas. Esta entrega pode ainda ser substituída pela simples atribuição da composesse do credor, contanto que o autor do penhor fique privado da disposição material da coisa empenhada, conforme dispõe o n.º2 do Art.º 669.º do CC.²⁵

No entanto, a lei exige o que o autor do penhor fica privado da disposição material da coisa, não se bastando com o mero facto de credor pignoratício adquirir também a faculdade de disposição sobre o objeto empenhado. Como tal, depois de ocorrer a entrega da coisa empenhada, podemos dizer, que ocorreu a constituição do penhor de coisas. Antes disso, poderemos ter quanto muito, conforme menciona Almeida Costa, um simples contrato-promessa de penhor (“*pactum de pignori dando*”).²⁶

O legislador caracteriza o penhor como um contrato real *quoad constitutionem*, ou seja, inclui a entrega nos elementos essenciais do negócio. Esta tradição da coisa empenhada desempenha uma função de publicidade sucedânea do registo, decorrente da posse. É por este motivo, que a manutenção da posse da coisa empenhada é essencial à existência do penhor, extinguindo-se este com a sua restituição, como se estatui do Art.º 677.º do CC.

27

²⁵ COSTA, Mário Júlio Almeida, cit., págs. 926 e 927

²⁶ COSTA, Mário Júlio Almeida, cit. pág. 927

²⁷ FERNANDES, Luís Carvalho, “*Lições de Direitos Reais*”, 6.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2010: págs. 156 e 157

1.4 O penhor de direitos

1.4.1 O objeto do penhor de direitos

A particularidade da figura jurídica do penhor de direitos, revela-se no seu elemento objetivo, dado que o mesmo é um direito e não uma coisa. Tal contexto distintivo, terá consequências no âmbito do regime legal deste tipo de penhor.²⁸

No âmbito da análise do objeto do penhor de direitos, teremos que analisar as duas condições estabelecidas nos termos do Art.º 680.º do CC. Em primeiro lugar temos que estar na presença de créditos ou direitos, e além disso, esse mesmo direitos, terão que ter como objeto coisas móveis e que sejam transmissíveis.²⁹ Além disso, estes direitos devem ainda respeitar os requisitos gerais do Art.º 666.º, n.º1 do CC, ou seja, não podem ser hipotecáveis. Como tal, estão assim, excluídos os créditos a prestações de facto ou à entrega de coisas imóveis.³⁰

Quando estamos na presença de penhor de direitos, teremos sempre que nos deparar com uma estrutura jurídica, que assenta num triângulo de relações jurídicas, como tal, haveremos de ter em primeiro lugar a relação creditória, também denominada como relação de base (relação jurídica estabelecida entre o devedor do crédito garantido que constitui o penhor em benefício do seu credor), e depois a relação estabelecida entre o devedor enquanto empenhador e o devedor do crédito empenhado, e por último temos que ter ainda em consideração, a relação que surge entre o devedor do crédito empenhado e o credor pignoratício.³¹ São, portanto, três as relações jurídicas, que surgem depois da constituição do penhor de direitos.

1.4.2 Constituição do penhor de direitos

²⁸ ALVES, Hugo Ramos, cit., págs. 139 e 140

²⁹ ALVES, Hugo Ramos, cit., pág. 142

³⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Direito das Garantias*” cit.: págs. 256, 257 e 258

³¹ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 142 e 143

A constituição do penhor de direitos, deve obedecer ao nível da forma e publicidade, àquela que é exigida para a transmissão dos direitos que foram empenhados, conforme dispõe o Art.º 681.º do CC. Contudo, será necessário ter presente alguns casos especiais, como por exemplo, no âmbito da constituição do penhor de créditos hipotecários sobre imóveis, será exigida a escritura pública ou documento particular autenticado, conforme resulta do Art.º 578.º do CC, e do Art.º 2.º, alínea i) do CRPredial.³²

Acresce que, o penhor de direitos só irá produzir os seus efeitos, quando for notificado judicialmente ao respetivo devedor, tendo este que aceitar, segundo o Art.º 681.º, n.º2 do CC³³

No âmbito, da constituição do penhor de direitos, é ainda preciso ter em atenção a norma consagrada no Art.º 683.º do CC, sendo que, a mesma impõe uma obrigação ao credor pignoratício, que consiste em praticar todos os atos indispensáveis para a conservação do direito empenhado.

1.5. A evolução da utilização do penhor de direitos nas relações comerciais e no âmbito do Direito bancário

Como já foi dito anteriormente, nos últimos tempos temos assistido ao surgimento de novas figuras jurídicas, no âmbito das garantias especiais. A figura do penhor não é exceção deste movimento, aliás o próprio artigo. 668º dá possibilidades para o surgimento de tal situação. A grande realidade, é que na atualidade os grandes credores, são os banqueiros, assim, é na prática na bancária que se recorre muito à figura da hipoteca e do penhor, sendo que estas figuras vão apresentando especialidades que decorrem das necessidades da prática comercial e bancária, conforme já mencionamos.

Mas já, em momento anterior, ao intenso volume do uso do penhor e da hipoteca, nos bancos, surgiu também, por necessidades profissionais o penhor comercial ou mercantil³⁴,

³² VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Direito das Garantias*”, cit.: pág. 258

³³ COSTA, Mário Júlio de Almeida, cit: págs. 932 e 933

³⁴ Sendo que encontramos regulamentação legal bastante antiga, relativamente ao penhor mercantil, nomeadamente a primeira intervenção legislativa no âmbito de penhor surgiu Decreto n.º 17:766, de 17 de dezembro de 1929. Portanto, em momento anterior, ao surgimento do movimento intenso de recurso ao crédito junto dos bancos, que para se protegerem, recorrem à figuras das garantias tradicionais, como penhor e a hipoteca, acrescentando certas especialidades às mesmas.

consagrado no Art.º 397.º do CCM, sendo que, o penhor comercial, é aquele que surge, quando a dívida garantida procede de ato comercial.³⁵

É ainda importante mencionar, o penhor em título de créditos, que encontra a sua regulamentação legal no Artº. 399.º do CCM. Este penhor mercantil, pode assumir diversas modalidades, em função do seu objeto, podemos assim, distinguir o penhor de títulos representativos de mercadorias, o penhor de títulos de crédito e o penhor de aplicações financeiras.³⁶

Já, no âmbito do Direito bancário, podemos referir que, o regime do penhor apresenta ainda mais flexibilidade, e elasticidade, conforme as necessidades, que o dia-a-dia dos bancos exige, daí que surjam os penhores bancários especiais. Esta garantia incide, no campo do direito bancário sobre títulos de crédito, materializados ou escriturais, mercadorias, pedras e metais preciosos e até o próprio dinheiro pode ser objeto de penhor, designadamente, quando o objeto do mesmo é um depósito bancário à ordem, ou a prazo.³⁷ É neste segmento que surge a figura jurídica do penhor da conta bancária.

Também com a evolução do tempo, e de acordo com as necessidades do mesmo, tem surgido diversos tipos de penhores, nomeadamente o penhor irregular tem vindo a ganhar uma maior preponderância. Temos também o surgimento do penhor financeiro, facto que ilustra bem a evolução da figura do penhor e as suas novas aplicações. As figuras que acabamos de mencionar, apresentam, segundo alguma jurisprudência³⁸ e doutrina³⁹, uma certa proximidade com o penhor da conta bancária, e como tal, dependendo das diferentes teses, alguns autores, consideram que estes tipos de penhores são as bases no que diz respeito à sua natureza jurídica, do penhor da conta bancária.

1.6. O penhor irregular

³⁵ CORDEIRO, António Menezes, cit.: págs. 813 e 814

³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPRT.P1.S1

³⁷ VEIGA, Vasco Soares da, “*Direito Bancário*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 1994: pág. 269

³⁸ Nomeadamente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPRT.P1.S1 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Data: 24/02/2011, Proc.: 5510/09.1TVLSB-D.L1-2 espelham a opinião, segundo a qual, o penhor da conta bancária se trata de um penhor financeiro.

³⁹ Neste sentido, encontramos a tese perfilhada por Menezes Leitão, segundo a qual, o penhor da conta bancária constitui um penhor financeiro. E por outro lado, encontramos a tese que nos diz que, o penhor da conta bancária se trata de um penhor irregular, defendida, no seio da doutrina portuguesa, Hugo Ramos Alves.

1.6.1 O objeto do penhor irregular

Pelos motivos já explicados, parece-nos assim, essencial proceder ao estudo da figura do penhor irregular, como tal, utilizando as palavras de Hugo Ramos Alves⁴⁰, podemos dizer que o penhor irregular é contrato inominado de garantia real. Este tipo de penhor, ou contrário do que acontece com o penhor de direitos e de coisas, não encontra a sua disciplina jurídica no CC, daí o mesmo se tratar de um penhor atípico.⁴¹

Estaremos então, na presença de um penhor irregular, quando o devedor entrega ao credor uma determinada quantidade de dinheiro, bens ou títulos não individualizados, sendo que através desta entrega a propriedade sobre a coisa em questão se transmite automaticamente para o credor⁴², e como tal o mesmo pode dispor dos bens dados em penhor.⁴³

1.6.2. A constituição do penhor irregular

Para que o penhor irregular surja, será necessário que ocorra o desapossamento do empenhador, por outro lado, no caso de a coisa empenhada já se encontrar na posse do credor pignoratício, o penhor constitui-se através de uma mera declaração ou da entrega dos documentos ou títulos que permitem ao credor pignoratício ter a faculdade de dispor da coisa empenhada.⁴⁴

1.6.3. O regime de funcionamento do penhor irregular

No caso de adimplemento da obrigação garantida, o credor deverá restituir ao devedor o *tantundem eiusdem generis*, em sentido oposto, nos casos de inadimplemento do devedor, o credor apenas deverá restituir o *tantundem* que o exceda o valor das coisas recebidas

⁴⁰ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 185, 186 e 187

⁴¹ Ao contrário, do que acontece no Direito Italiano, que prevê a figura do penhor irregular, o mesmo encontra a sua regulamentação no âmbito da antecipação bancária in ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág. 187

⁴² Este é o grande fator inovador, e que marca a diferença do penhor irregular, quando comparado com o penhor de direitos e de coisas.

⁴³ ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág. 189

⁴⁴ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 192, 193 e 194

aquando da constituição, conforme menciona Hugo Alves Ramos, tendo por referencia Anelli .⁴⁵

1.7. O penhor financeiro

1.7.1 O surgimento do penhor financeiro

O penhor financeiro surgiu na nossa ordem jurídica através do Dec. Lei n.º 105/2004, de 08/05, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa, a diretiva 2002/47/CE do Parlamento e do Conselho, de 6/06, relativo aos acordos de garantia financeira⁴⁶.

Paulo Olavo da Cunha, refere que o legislador ao criar o regime jurídico dos acordos de garantia financeira teve em consideração a especificidade do dinheiro.⁴⁷

1.7.2. O objeto do penhor financeiro

O penhor financeiro incide não sobre coisas corpóreas, mas sim sobre numerário e sobre instrumentos financeiros. O penhor financeiro nunca constituirá um típico direito real de garantia, se tivermos em conta o objeto do mesmo.⁴⁸

1.7.3. Aspetos particulares do penhor financeiro

Este tipo de penhor trata se de uma garantia que se caracteriza pela entrega do seu objeto ao credor pignoratício, no entanto, segundo Menezes Cordeiro⁴⁹, isso não significa que a propriedade sobre a coisa empenhada se transfira para o mesmo.

⁴⁵ ANELLI, *L` alienazione in funzione di garanzia*, Pág.: 236 cit. por. RAMOS, Hugo Alves, cit.: pág. 189

⁴⁶ As garantias financeiras podem revestir duas modalidades: a alienação fiduciária em garantia ou o penhor financeiro.

⁴⁷ CUNHA, Paulo Olavo, “*Direito Empresarial para Economistas e gestores*”, Almedina, 2.ª edição, 2016: pág. 370

⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes, cit.: págs. 831 e 832

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág., 831 e 832

Uma das particularidades do regime do penhor financeiro é possibilidade de as partes estabelecerem um direito de disposição sobre o objeto empenhado⁵⁰, conforme dispõe o Art.º 9.º do mencionado diploma.

Outra singularidade do regime do penhor financeiro, consiste nos sujeitos que podem operar, no âmbito do mesmo. Neste sentido, podem figurar como prestador e beneficiário da prestação do penhor financeiro, as pessoas coletivas elencadas no Art.º 3.º, n.º1 do Dec. Lei 105/2004 de 8/05. A título de exemplo, podemos mencionar que, nunca poderíamos estar perante um penhor financeiro quando uma das partes se trata de uma pessoa singular, ou então, mesmo no caso de ser uma pessoa coletiva, a mesma não podia ser uma simples sociedade. Pelo contrário, e de forma resumida, segundo as exigências do Art.º 3.º, deveríamos estar antes, na presença de uma entidade bancária e de uma entidade pública responsável pela dívida pública.

Face ao exposto, o regime do presente diploma terá aplicação a um certo número de casos restritos.

Outra grande novidade deste diploma legal é a admissibilidade do pacto comissório⁵¹. Sem dúvida, que esta possibilidade é a característica do penhor financeiro que mais o evidencia, dado que tal, constitui uma brecha na proibição genérica de tal cláusula, que até ao surgimento do penhor financeiro, era normalmente tida como um princípio da ordem jurídica portuguesa. No entanto, tal abertura é limitada na medida em que a natureza dos objetos possíveis de penhor financeiro e a obrigação do beneficiário da garantia de restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas precluem os riscos que a proibição do pacto comissório visa evitar.⁵²

Deste modo, desde que as partes convencionem previamente o modo de proceder à avaliação dos bens empenhados, nada obsta a que a o beneficiário da garantia execute a mesma, através da apropriação do objeto desta, ficando obrigado a restituir o montante corresponde à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante da dívida.⁵³

⁵⁰ Menezes Cordeiro chama atenção para o facto, desta possibilidade do direito de disposição não ser algo automático, e como tal dever estar presente no clausulado acordado pelas partes.

⁵¹ Apresentando, um desvio à regra geral consagrada no artigo. 694.º do CC.

⁵² DUARTE, Rui Pinto, “*Curso de Direitos Reais*”, 3ª edição, Principia, Cascais, 2013: pág. 271

⁵³In:<http://www.cmvn.pt/pt/Legislacao/LegislacaoComplementar/IntermediacaoFinanceira/Pages/Decret-o-Lei-n-º-1052004,-de-8-de-Maio.aspx?v=>

2.º O penhor da conta bancária

2.1. Caracterização do regime do penhor da conta bancária

O penhor da conta bancária é uma figura jurídica que deriva do penhor bancário. Este penhor da conta bancária⁵⁴ é uma garantia especial, que surgiu essencialmente da praxis bancária e embora a mesma não apresente regulamentação legal estabelecida, a realidade é que esta é bastante comum e corrente na prática social, surgiu essencialmente do princípio da liberdade contratual.

O penhor da conta bancária, surge da necessidade de financiamento apresentada pelo cliente do banco, que muitas vezes, para conseguir crédito junto do banco oferece em garantia, ou seja, empenha a sua conta bancária.

A constituição do penhor da conta bancária, é acompanhado de uma cláusula de imobilidade, o depositante não pode movimentar a conta bancária antes de cumprida a dívida principal, dada que, este tipo de penhor se caracteriza essencialmente por determinados depósitos bancários ficarem afetos ao pagamento de certas dívidas através da cativação do saldo da conta, enquanto subsistirem as dívidas garantidas.⁵⁵

Quando estamos na presença de um penhor da conta bancária, teremos determinados depósitos bancários afetos ao pagamento de certas dívidas, por outro lado, os depositantes obrigam-se a não movimentar o saldo da respetiva conta, enquanto se mantiver a dívida garantida.⁵⁶ Após ocorrer, o vencimento da dívida garantida, e no caso de ocorrer o incumprimento por parte do devedor, o banco está autorizado a debitar na conta bancária dada em garantia o valor da dívida vencida.

O regime do penhor da conta bancária prevê a cativação do saldo em conta. Tal situação terá bastante influencia na determinação do modo de funcionamento desta garantia. O credor só pode executar o penhor, quando a obrigação garantida se encontrar vencida.

⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 816

⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPR.T.P1.S1

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 816

Além disso, o credor penhoratício não é titular de qualquer direito, mas tem legitimidade para agir sobre o saldo da conta que foi empenhada.

É ainda importante não esquecer, que muitas vezes, a constituição do penhor de conta bancária pressupõe um depósito de disponibilidades monetárias, assim neste caso, teremos não apenas o contrato de constituição de penhor, mas também o contrato de depósito.

É ainda preciso considerar a hipótese, de o banco depositário, ou seja, o banco no qual foi realizado o depósito, não ser o banco que goza para si do penhor da conta bancária, podemos, portanto, ter a intervenção de dois bancos diferentes. Em tais situações, depois da dívida se encontrar vencida, e no caso de o devedor não cumprir com a sua obrigação, deverá então o banco credor da dívida vencida, proceder a execução através de um requerimento dirigido ao banco depositário, acompanhado do respetivo contrato de penhor, para que o banco depositário proceda à compensação, e o banco credor veja o seu crédito satisfeito.

2.2 Especificidades do regime penhor da conta bancária

Esta figura jurídica apresenta algumas especificidades, relativamente ao típico penhor, que se encontra regulado no CC. A grande diferença deste penhor da conta bancária, em comparação com o comum penhor, reside no objeto desta garantia especial, este penhor não recai sobre uma coisa corpórea ou a ela assimilável, recai antes sobre o saldo da conta.

Este saldo pode ter sido previamente constituído, em momento muito anterior ao contrato de penhor, ou seja, na situação em que o cliente já celebrou os contratos depósito que serão agora empenhados, através da constituição do penhor da conta bancária. Mas também pode ocorrer a situação, em que o cliente do banco constitui o depósito com o fim garantístico.

2.3. Os contratos bancários existentes no âmbito do penhor da conta bancária

2.3.1 O empréstimo bancário

Para que surja a necessidade de prestar uma garantia bancária, mais propriamente o penhor da conta bancária, é porque em momento anterior foi celebrado entre o banco e o cliente um contrato de empréstimo bancário, assim, será importante deixar umas breves referencias sobre este contrato.

Através da celebração do mútuo bancário, o banco obriga-se a entregar uma determinada quantia de dinheiro ao cliente, ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade.⁵⁷

Ora, muitas vezes para que consigam reforçar as suas garantias perante os devedores os bancos procuram obter o pagamento preferencial em relação aos demais credores e que para tal, o devedor que este afete certos bens ao pagamento preferencial de certo crédito.⁵⁸ Portanto, exigem, aquando da celebração do contrato de mútuo, a prestação de uma garantia.

Tendo em conta tal situação, e segundo o critério das garantias, os empréstimos bancários podem ser caucionados ou a descoberto, consoante o seu cumprimento é ou não assegurado por garantias reais ou pessoais⁵⁹. No caso em estudo, como estamos a falar do penhor da conta bancária que constitui uma garantia especial, estaremos sempre na presença de empréstimos bancários caucionados, dado que, no âmbito do mesmo, o credor, neste caso o banco, estará numa posição mais favorável relativamente aos outros credores⁶⁰, pois é detentor do penhor da conta bancária.

2.3.2. O depósito bancário

Para que seja possível a prestação da garantia bancária, mais propriamente, e neste caso em específico, a prestação do penhor da conta bancária, será necessário um depósito bancário⁶¹. Haverá tal necessidade, pois será este que dará origem ao saldo da conta que será oferecido em garantia. É sobre o mesmo que irá funcionar a compensação, no caso

⁵⁸ VEIGA, Vasco Soares, cit.: pág. 258

⁵⁹ ANTUNES, José Engrácia, “*Os contratos bancários- Separata: Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*”, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2011: Págs. 96, 97 e 98

⁶⁰ Os credores comuns apenas terão à sua disposição, a garantia geral das obrigações, ou seja, o património do devedor.

⁶¹ Existem várias espécies de depósito bancário, os bancos efetuaram desde sempre operações de depósito muito diversas entre si, designadamente os depósitos em cofre forte, no entanto, para o trabalho em questão, estamos a centrar a nossas atenções nas operações de depósito de dinheiro.

do cliente do banco, que celebrou o contrato de mútuo não cumprir com as obrigações a que ficou adstrito. Neste sentido, parece-nos importante fazer uma pequena análise sobre o depósito bancário.

Conforme refere, Engrácia Antunes⁶², o depósito bancário trata-se de uma convenção acessória do contrato de conta bancária através da qual o cliente (depositante) entrega uma quantia pecuniária ao banco (depositário), ficando este investido no direito de dela dispor livremente e no dever restituir outro da mesma espécie e qualidades, conforme tenha sido acordado pelo cliente e o banco.

É ainda de referir, as diferentes modalidades que o depósito bancário pode assumir, conforme dispõe o Dec. Lei n.º 430/91 de 02/11. Segundo o Art.º1.º do citado diploma legal, podemos encontrar as seguintes modalidades de depósito: o depósito à ordem (são exigíveis a todo o tempo, pelo cliente), o depósito com pré-aviso (são exigíveis apenas após um pré-aviso escrito, tal antecedência deve ser fixada no contrato de depósito), o depósito a prazo (são exigíveis no fim do prazo para que forem acordados, mas pode ser concedida uma mobilização antecipada, sendo que tal advém normalmente uma desvantagem para o cliente), o depósito não mobilizável (regime igual ao depósito a prazo, sem possibilidade de mobilização antecipada) e ainda todos os restantes depósitos em regime especial.⁶³

2.3.2.1 A questão de o depósito bancário constituir um depósito irregular ou um contrato de mútuo

É preciso chamar atenção para divergência doutrinal e jurisprudencial, que existe quanto à questão de o depósito bancário ser um depósito irregular⁶⁴, um contrato de mútuo ou ainda não se tratar de um contrato de mútuo, nem um contrato de depósito irregular, mas sim um contrato *sui generis*.^{65 66}

⁶² ANTUNES, José Engrácia, cit.: Págs. 92 e 93

⁶³ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 620

⁶⁴ Também quanto à própria figura do depósito irregular há controvérsia, discutindo-se se este trata de um verdadeiro depósito, de um contrato de mútuo ou de um contrato *sui generis*.

⁶⁵ Ou seja, não enquadrável em nenhum dos tipos de contratos conhecidos no direito comum.

⁶⁶ BARATA, Carlos Lacerda, *Contrato de depósito Bancário* em “*Estudos em Homenagem ao Professor doutor Inocêncio Galvão Telles-Vol. II, Direito Bancário*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002: pág. 25, 26 e 27

Nas palavras de Menezes Cordeiro, estamos na presença de depósito irregular, naqueles casos em que o depositário recebe algo com o dever de restituir apenas o equivalente⁶⁷, conforme dispõe o Art.º 1205 do CC. Já o mútuo, conforme explica Carlos Lacerda Barata, trata-se de um contrato de crédito, caracterizado pela transferência da propriedade do dinheiro e pela constituição de uma obrigação de devolução do *tantundem*.⁶⁸

Tendo por base estas duas figuras jurídicas, são quatro as teses que podemos encontrar quanto à natureza jurídica do depósito bancário: a tese segundo a qual o depósito bancário é um depósito irregular; a tese em sentido contrário, que entende que o depósito bancário se trata de um mútuo; as teses pluralistas e ainda a mais recente tese, que entende que o contrato de depósito bancário configura um contrato *sui generis*.

A tese que encara o depósito bancário como depósito irregular, entende que estamos na presença de um contrato de depósito, pois o depósito bancário é caracterizado por uma função de custódia. Estes autores entendem que qualquer que seja a modalidade do depósito em causa, é sempre o depositante quem decide unilateralmente o momento de vencimento da obrigação de devolução, mantendo portanto, a disponibilidade sobre a quantia monetária depositada.⁶⁹

Já a doutrina apoiada, nomeadamente por Paula Camanho⁷⁰, que reconduz o depósito bancário a um verdadeiro contrato de mútuo, entende que o banco tem interesse em receber as quantias depositadas, para com estas conseguir financiar as suas operações ativas, e como tal o fim principal do contrato é este empréstimo que o cliente depositante faz ao banco. ⁷¹Tal Tese coloca o acento tónico no fim do contrato, que visa não tanto a guarda dos fundos depositados, mas antes a possibilidade que o banco tem de se servir dos mesmos.

Encontramos ainda uma parte da doutrina⁷² que considera os depósitos bancários à ordem como depósitos irregulares. Segundo esta tese, o banco adquire a titularidade do dinheiro que lhe é entregue, sendo o cliente um simples credor. ⁷³ E já no que diz respeito

⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 617

⁶⁸ BARATA, Carlos Lacerda, cit. pág.: 38

⁶⁹ Neste sentido: BARATA, Carlos Lacerda, cit. pág.: 52

⁷⁰ CAMANHO, Paula Ponces, “Do contrato de depósito bancário - natureza jurídica e alguns problemas de regime”, Almedina, Coimbra, 1998: pág. 154

⁷¹ CAMANHO, Paula Ponces, “Do contrato de depósito bancário - natureza jurídica e alguns problemas de regime”, cit. pág.154

⁷² Nomeadamente GUGLIELMUCCI, Lino, “Depósito bancário”, DDP/SComm IV, 1990: pág. 256 cit. por CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 623

⁷³ Cordeiro, António Menezes, cit.: pág. 623

aos depósitos a prazo, estes teriam uma natureza de mútuo, já que neste caso, o cliente do banco já não tem a completa disponibilidade sobre o dinheiro depositado.⁷⁴⁷⁵

Por último, mencionar a doutrina que considera o depósito bancário, um contrato *sui generis*, referindo que o mesmo se trata de um contrato atípico, com características do depósito irregular, mas também do contrato de mútuo.⁷⁶ Neste sentido, Menezes Cordeiro refere que, o depósito bancário se trata de um tipo contratual social, perfeitamente determinado por cláusulas contratuais gerais e pelos usos, que não corresponde necessariamente nem ao contrato de mútuo, nem ao depósito irregular. Tratando-se o depósito bancário de uma figura unitária, típica e autónoma.⁷⁷ Também a jurisprudência portuguesa já manifestou, no mesmo sentido, nomeadamente o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12/05/1998.⁷⁸

Parece-nos, que a melhor doutrina é aquela que atribui diferentes naturezas jurídicas ao depósito bancário, consoante a modalidade do mesmo.

Acreditamos que no âmbito de um depósito a prazo não mobilizável, estamos na presença de um contrato de mútuo, pois nesta modalidade de depósito o cliente não tem a disponibilidade do dinheiro a todo tempo, dado que não poderá decidir unilateralmente proceder ao levantamento antecipado do valor depositado.⁷⁹ Além disso, na captação das disponibilidades monetárias para a constituição de contas a prazo não mobilizáveis, o banco oferece contrapartidas bastantes mais satisfatórias aos depositantes para conseguir captar as disponibilidades monetárias. Através, deste seu comportamento, o banco deixa transparecer a ideia de crédito prestado pelo cliente para que o banco consiga financiar as suas diversas atividades. Como tal, o cliente nesta situação empresta dinheiro ao banco, ganhando mais força a ideia da restituição, o que nos leva até ao contrato de mútuo.

Se estivermos na presença de um depósito a prazo simples, o depositante terá uma disponibilidade total do dinheiro, pois a movimentação antecipada do mesmo apenas irá

⁷⁴ BARATA, Carlos Lacerda, cit.: 23-52, refere as diferentes teses que podemos encontrar quanto a esta questão.

⁷⁵ Uma da perspetiva das teses pluralistas in BARATA, Carlos Lacerda, cit.: págs. 28 e 29

⁷⁶ FERREIRA, António Pedro A. “*Direito Bancário*”, 2.ª edição, Quid iuris, Lisboa, 2009 : pág.: 672.

⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 624

⁷⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Data: 12/05/1998 in CAMANHO, Paula Ponces, “*Contrato de depósito bancário-... (Comentário ao Acórdão...)* in *Estudos em homenagem ao Professor doutor Inocêncio Galvão Telles-Vol. II, Direito Bancário*”, Almedina, Coimbra, s.d.: págs. 103-110

⁷⁹ Art.º 1.º, n.º5 do Dec. Lei 430/91, de 02/11

importar a perda dos juros, não resultando para o cliente a obrigação de pagamento extra em virtude dessa movimentação antecipada.

No que diz respeito ao depósito à ordem, somos da opinião que estes se tratam de depósitos irregulares, pois aqui o cliente do banco tem uma verdadeira disponibilidade sobre a quantia monetária depositada, sendo que, pode levantar a mesma a todo o tempo, sem que com isso sofra algum tipo de prejuízo ou inconveniente.

Tal conclusão, poderá ser bastante útil para conseguir perceber a posição de determinada doutrina, quanto à questão da natureza jurídica do penhor da conta bancária. Nomeadamente, Hugo Ramos Alves refere que o penhor da conta bancária se trata de um penhor irregular, e que, quando o depósito irregular é constituído em momento anterior à constituição do penhor, estamos perante uma união de contratos, em função da justaposição do contrato do penhor irregular e do contrato de depósito.⁸⁰

2.3.2.2 A questão, de o depósito estar constituído antes do penhor

Depois de percebermos que é essencial a existência de um depósito de disponibilidades monetárias, para que possamos estar na presença da figura jurídica do penhor da conta bancária, é essencial advertir para a possibilidade de tais depósitos serem constituídos com esse fim garantístico, ou pelo contrário, serem previamente constituídos, em momento anterior à constituição do penhor da conta bancária, sendo que em tal situação, ocorre o penhor sobre os depósitos já constituídos. Tais depósitos, poderão se tratar de depósitos a prazo, ou depósitos à ordem, no entanto, teremos sempre em ambos os casos, uma cláusula de imobilidade sobre os depósitos, conforme impõe a figura jurídica do penhor da conta bancária. Aliás, esta garantia especial das obrigações caracteriza-se pela cativação do saldo da conta de que é titular o cliente (aquele que se celebrou o contrato de penhor) à garantia de pagamento de um crédito que lhe foi concedido pelo banco.⁸¹

2.4 A cativação do saldo da conta bancária

⁸⁰ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 227 e 228

⁸¹ ANTUNES, José Engrácia, cit.: Pág. 136

Conforme, já se tem mencionado o penhor da conta bancária apresenta diversas particularidades ao nível do seu regime de funcionamento, uma das mesmas surge através da cativação do saldo da conta bancária, previsto por esta figura jurídica.

O penhor da conta bancária, é executado através da cativação do saldo na conta, pela necessidade de a conta bancária ser uma representação escritural do crédito do depositante, servindo o saldo credor do cliente de moeda dos bancos, aceite pelos agentes económicos.⁸²

Sem dúvida, que este regime é excecional do penhor da conta bancária, constituindo uma característica distintiva do mesmo.

Apesar da cativação do saldo, o credor pignoratício não tem, em princípio, a faculdade dispor da coisa. Só em caso de incumprimento é que o credor pignoratício poderá recorrer aos mecanismos de execução.⁸³

A cativação do saldo da conta bancária, funciona como um mecanismo preventivo de execução do penhor.

2.5. A extinção do penhor da conta bancária

Quanto à extinção do penhor da conta bancária, teremos que ter como referencia, as regras gerais que se aplicam ao penhor, que se encontra regulado nos Arts.º 666.º e ss do CC.

A extinção do penhor da conta bancária pode ocorrer de duas maneiras diferentes, conforme a razão que esteja na sua origem.

Assim, no caso de ocorrer o cumprimento voluntário da obrigação principal por parte do devedor, verificando-se a extinção da obrigação principal, ocorrerá a extinção do penhor da conta bancária, sem que, para tal tenha sido necessário recorrer à execução da garantia que foi prestada. Neste caso, o credor irá perder a posse sobre o dinheiro que se encontrava na conta bancária, que foi dada em penhor, sendo que será levantado o regime de

⁸² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Data: 04/03/2013 Proc.: 2156/08.5TBVFR.P1 e Acórdão Tribunal de Lisboa, Data: 21/03/2012 Processo: 287/10.0TTPDL-A.L1-4

⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Data: 04/03/2013 Proc.: 2156/08.5TBVFR.P1

cativação do saldo, ao qual a conta bancária tinha sido sujeita pelo facto de ter sido empenhado o saldo da conta bancária.⁸⁴

Por outro lado, no caso de o devedor incumprir com as suas obrigações, o credor será então obrigado a executar o penhor da conta bancária. Esta execução deverá observar e respeitar as regras gerais aplicáveis ao regime geral do penhor, preceituadas no Art.º 675.º do CC, no que for possível.

2.6. A execução do penhor da conta bancária

Para que o credor possa recorrer à execução do penhor da conta bancária, será necessário que a obrigação principal se encontre vencida, após tal vencimento, e no caso de não ocorrer o cumprimento voluntário por parte do devedor, o credor poderá então lançar mão à sua garantia, e como tal, executar o penhor.⁸⁵ Em tal situação, o credor pignoratício poderá proceder à venda executiva da coisa que foi dada em penhor. É isto, que nos é transmitido pelas normas jurídicas que disciplinam o penhor. Resta agora, perceber como vamos aplicar tal regime à figura jurídica do penhor da conta bancária, sendo que esta apresenta bastantes particularidades.

No âmbito da execução do penhor da conta bancária, pensamos que, é fácil perceber, que o credor pignoratício não irá proceder a nenhuma venda, conforme dispõe o Art.º 675.º do CC, pois não é possível vender o dinheiro que compõe o saldo da conta bancária, em virtude da fungibilidade do mesmo.

A quando a execução do penhor da conta bancária, o credor pignoratício deverá fazer seu o saldo da conta bancária, saldo esse que se encontra com a mesma quantia monetária, que tinha na altura em que foi constituído o penhor da conta bancária, devido ao sistema da cativação do saldo, que já foi por nós mencionado.

Quanto ao mecanismo jurídico, usado pelo credor pignoratício para fazer seu o saldo da conta bancária, de referir que grande parte da jurisprudência diz que tal operação ocorre através da compensação⁸⁶, não se levantando problemas quanto à proibição do pacto comissório. Na mesma linha de pensamento, encontramos a opinião de Hugo Alves

⁸⁴ ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág.: 136

⁸⁵ Segundo o disposto no Art.º 675.º do CC.

⁸⁶ Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Data: 06/03/2014, Proc.: 961/08.1TYLSB.KL1-2

Ramos, no entanto, o autor que entende ocorre uma mera dedução, e não uma compensação.⁸⁷

2.6.1. A proibição do pacto comissório

Segundo o Art.º 678.º do CC, são aplicáveis ao regime do penhor, diversas normas legais que regulam a figura da hipoteca, nomeadamente a proibição do pacto comissório, presente no Art.º 694.º do CC, aplica-se também ao regime do penhor. A proibição do pacto comissório, apenas permite às partes convencionar a execução extrajudicial, mas não que o credor faça sua a coisa extrajudicialmente. Além disso, as partes podem ainda acordar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor, mas em tal caso, terá que ser o Tribunal a fixar o valor da coisa.⁸⁸

Sem dúvida, que o funcionamento da execução do penhor da conta bancária, explicado anteriormente, poderá fazer surgir a questão da proibição do pacto comissório, e da sua compatibilidade com este regime. No entanto, segundo a maioria da jurisprudência dos Tribunais portugueses⁸⁹, não estamos aqui perante um pacto comissório, mas sim perante uma compensação imprópria⁹⁰, e o regime da execução do penhor da conta é compatível com a proibição do pacto comissório, dado que não infringe a mesma.

2.6.2. A compensação impropria existente no âmbito do penhor da conta bancária

Ao surgir o incumprimento por parte do cliente, o banco poderá fazer seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste. Sendo que, não existe aqui nenhum pacto comissório, atendendo a manifesta nulidade do mesmo, conforme já foi mencionado. Neste sentido, o banco deve fazer seu o depósito empenhado, mas sim através da compensação, sendo que, a compensação convencional bancária, previamente acordada em qualquer negócio, de que possam resultar créditos do banqueiro sobre o seu

⁸⁷ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 228 e 229

⁸⁸ DUARTE, Rui Pinto, cit.: pág. 264

⁸⁹ Nomeadamente o Acórdão do Supremo Tribunal de justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPR.T.P1.S1 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Data: 04/03/2013, Proc.: 215/08.5TBVFR.P

⁹⁰ Em sentido oposto, ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 228 e 229, considera não estarmos perante uma autentica compensação, mas uma mera dedução.

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. ⁹¹

2.7. Diferenças do regime de funcionamento do penhor da conta bancária, relativamente ao penhor comum

Conseguimos concluir, que estamos perante um penhor que apresenta diversas particularidades, no que ao seu regime, diz respeito. Estas terão repercussões no modo de funcionamento deste penhor, assim, este caracteriza-se como uma figura jurídica inovadora, ao prever a cativação do saldo em conta, facto que se justifica pelo facto de a conta bancária implicar uma representação escritural do crédito do depositante, conforme explica Hugo Ramos Alves.

Estas particularidades apresentadas pelo penhor da conta bancária e o facto de estarmos perante uma figura legalmente atípica terá influência, quando procuramos classificar esta figura, quanto à sua natureza jurídica. São, portanto, bastantes diversas as posições que conseguimos encontrar na jurisprudência e doutrina. De modo resumido, podemos afirmar, que encontramos quatro grandes posições com maior preponderância na doutrina e na jurisprudência, relativamente à questão da natureza jurídica do penhor da conta bancária. Neste sentido, teremos a posição de alguns autores, segundo a qual, o penhor da conta bancária constitui uma garantia pessoal⁹², há ainda a tese segundo a qual, o penhor em causa se trata de um penhor de direitos⁹³, outros acreditam estarmos perante um penhor irregular⁹⁴ e por último, encontramos ainda a tese, segundo a qual, o penhor da conta bancária constitui um verdadeiro penhor financeiro⁹⁵. São estas diferentes teses, que pretendemos analisar e comentar, nas próximas páginas do nosso trabalho.

3. Natureza Jurídica do Penhor de conta Bancária

⁹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPR.T.P1.S1

⁹² Menezes Cordeiro é da opinião, que o penhor da conta bancária é uma fiança.

⁹³ António Pedro A. Ferreira., Menezes Leitão e Pedro Romano Martinez, são autores que descrevem o penhor da conta bancária, como sendo um penhor de direitos.

⁹⁴ Na opinião de Hugo Ramos Alves, o penhor da conta bancária constitui um penhor irregular.

⁹⁵ Menezes Leitão diz que o penhor da conta bancária é um penhor financeiro.

3.1. O penhor da conta bancária como uma garantia pessoal

3.1.1. Visão da Jurisprudência

No âmbito da visão que considera o penhor da conta bancária como uma garantia pessoal, é importante mencionar o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, que relata o caso de um sócio ter constituído um penhor da conta bancária para ser dado em garantia, no âmbito de um contrato de mútuo, que a sociedade, na qual este era sócio, celebrou com o banco. Neste acórdão, o Tribunal da Relação do Porto pronuncia-se no sentido de considerar o penhor da conta bancária como uma fiança, no diz respeito, à sua natureza jurídica. Tratando-se o penhor da conta bancária de uma garantia pessoal, e não de uma garantia real, segundo o entendimento perfilhado no Acórdão.⁹⁶

Em jeito de comentário, a esta decisão do Tribunal da Relação do Porto, queremos dizer que segundo a nossa opinião, o Tribunal proferiu tal decisão pois considerou que o penhor da conta bancária, na situação concreta destinava-se, essencialmente a assegurar o cumprimento das obrigações da sociedade, e como tal considerou que estava na presença de uma fiança, e que o sócio que empenhou a sua conta bancária, seria o fiador. Segundo o nosso entendimento, tal tese não nos parece adequada, tal decorre desde de logo da noção de fiança. Esta trata-se de uma garantia pessoal tradicional que se caracteriza pelo facto de o fiador responder com todo o seu património ou parte dele, pelo cumprimento de dívida alheia.⁹⁷ Ora, no caso em questão, o sócio não se obrigou com todo o seu património ou parte dele, como ocorreria no caso de ser um fiador, ele apenas empenhou o saldo da conta bancária, ou seja, apenas vinculou o saldo da conta bancária ao cumprimento da obrigação da sociedade. E no caso de o credor ter que recorrer à garantia especial que foi prestada, este será pago apenas através do saldo da conta do sócio da sociedade, como tal este nunca será um fiador⁹⁸ pois não se obriga com o seu património. Pois embora, o sócio esteja a responder por uma dívida alheia, e tal situação constituía

⁹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Data: 03/10/1996, Proc.: JTRP00019374

⁹⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão, *“Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações”*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017: pág. 533

⁹⁸ Neste sentido, o penhor da conta bancária não será considerado uma fiança.

uma característica típica da fiança⁹⁹, este não se obriga com o seu património, apenas oferece em garantia a sua conta bancária.

3.1.2. Visão doutrinal

A perspetiva segunda a qual, o penhor da conta bancária constitui uma fiança, tem também acolhimento, no seio da doutrina portuguesa, estamos, portanto, a referir-nos à tese perfilhada por Menezes Cordeiro.

Segundo este autor o penhor da conta bancária não é uma garantia real, mas antes uma garantia pessoal, uma fiança¹⁰⁰, que se traduz essencialmente, na autorização que o garante dá para debitar na sua conta, determinadas quantias.¹⁰¹ O autor explica ainda, que nunca poderíamos estar perante um penhor, que configura uma garantia real, pois neste caso, estaríamos na presença de um negócio nulo, devido à proibição do pacto comissório, conforme dispõe o Art.º 694.º do CC.¹⁰² O autor considera que o penhor da conta bancária se aproxima da figura da fiança, e como tal, sendo uma garantia pessoal, não estará sujeita às normas dos Arts.º 666.º e ss do CC.¹⁰³ Não se levantado portanto, a questão da proibição do pacto comissório.

Não estamos de acordo com a opinião de Menezes Cordeiro, pois, tal como menciona Galvão Teles¹⁰⁴, a fiança é um contrato pelo qual uma pessoa se obriga para com o credor a cumprir a obrigação de outra pessoa, que será o devedor principal, no caso de esta não cumprir com a mesma. No âmbito da fiança é colocada à disposição do credor

⁹⁹ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “*Direito das obrigações- Vol. II-2*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 1990: pág. 584 e 585

¹⁰⁰ Em sentido oposto: ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág. 227 - considera que é o modo como a função garantística atua, que o distingue o penhor da fiança, assim, enquanto o penhor se caracteriza pela afetação de uma reserva de utilidade constituída por determinado bem que permite a satisfação creditícia, na fiança não coloca à disposição do credor o objeto de satisfação, mas, pelo contraio assume-se como devedor.

¹⁰¹ CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 818

¹⁰² CORDEIRO, António Menezes, cit.: pág. 818

¹⁰³ Em sentido contrário, ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág. 227- o autor considera que não dever ser esquecido o facto de a função económico-social do penhor da conta bancária ser em tudo similar à do penhor, e como tal será complicado sustentar que não se aplica regime consagrado pelos artigos 666.º e seguintes do Código Civil ao Penhor da Conta Bancária.

¹⁰⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, “*Garantia bancária autônoma*”, Edições Cosmos Scire Legis, 1991: pág. 24

todo o património do fiador, e não se afeta à garantia da obrigação um bem determinado, conforme acontece no seio do penhor da conta bancária.¹⁰⁵

Quanto à questão do pacto comissório levantado, pelo autor, não nos parece que o facto de considerarmos o penhor da conta bancária, como uma garantia real coloque problemas ao nível da proibição do pacto comissório. Desde de logo, porque que o penhor da conta bancária opera através da compensação ou dedução.¹⁰⁶ E tal como explica, Pestana Vasconcelos, a modalidade de execução do penhor da conta bancária não se opõe a proibição do pacto comissório, desde de logo pela natureza do bem que é empenhado (dinheiro) e também pelo facto de só se poder debitar a quantia que se encontra depositada.¹⁰⁷

3.2. O penhor da conta bancária como um penhor de direitos

O penhor de direitos é uma garantia real, que se distingue do penhor de coisas, essencialmente devido ao objeto, que será necessariamente um direito e não uma coisa, conforme acontece no âmbito do penhor de coisas.

É com base, no elemento objetivo do penhor de direitos, que alguma doutrina e jurisprudência, considera, que a figura jurídica do penhor da conta bancária pode ser vista como um penhor de direitos.

3.2.1. Visão da Jurisprudência

São algumas as decisões dos nossos Tribunais, que consideram que penhor da conta bancária é um penhor de direitos.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/05/2005,¹⁰⁸ pronunciou-se num caso, no qual era essencial saber se o penhor da conta bancária constituído por uma empresa, que era agora declarada insolvente, era ou não uma garantia real para que se pudesse

¹⁰⁵ GOMES, Manuel Januário da Costa, “*Assunção fidejussória de dívida*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000: págs.: 48, 49, 50, 51 e 52

¹⁰⁶ Conforme a posição adotada

¹⁰⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, “*Direito Bancário*”, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2018: págs. 105 e 106

¹⁰⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 07/05/2005, Proc.: 05A1774

concluir em que lugar seria graduado o crédito do banco, no âmbito da reclamação de créditos do processo de insolvência. O Tribunal decidiu que o penhor da conta bancária, apesar de não estar expressamente previsto na lei, é válido e além disso trata-se de uma garantia real, dado que o mesmo constitui um penhor de direitos regido pelo Arts.º 680.º e 681.º, n.º 2 do CC, que incide sobre um objeto específico, que se trata do saldo da conta (que foi que alvo do penhor) de que o próprio garante é titular. ¹⁰⁹ Além disso, o Acórdão menciona que, o objeto sobre o qual incide o penhor bancário é o depósito¹¹⁰ dado que, este tipo penhor, pressupõe sempre a existência de um depósito¹¹¹, sendo que este pode ser previamente constituído, ou então, ser apenas constituído para aquele efeito.

Mas não é apenas o Supremo Tribunal de Justiça que atribui a natureza jurídica de penhor de direitos ao penhor da conta bancária, neste sentido, vai também a perspetiva do Tribunal da Relação de Guimarães de 15/12/2016¹¹², segundo o qual, o penhor da conta bancária se traduz num penhor de créditos, uma vez que o objeto do penhor em questão é o crédito do depositante sobre o banco, crédito este, que surge devido ao depósito que foi efetuado como uma forma de garantia, e como tal, manteve-se sempre indisponível para movimentação e levantamento. Neste Acórdão, a Relação de Guimarães chama também atenção para uma necessidade, na visão deste Tribunal, para que exista um penhor da conta bancária não chegara que o depositante não se obrigue a não movimentar ou mobilizar por qualquer modo o depósito, sendo ainda necessário que esse depósito, essa disponibilidade pertença em exclusivo ao banco que configura como credor. ¹¹³

Neste âmbito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/03/2014, partilha a opinião, segundo a qual, efetivamente o penhor da conta bancária, constitui um penhor de direitos, assim, este Tribunal fundamenta tal entendimento, chamando atenção para o facto do contrato bancário constituir um contrato de mútuo, dado que o que acontece, é que o cliente quando constitui um depósito acaba por emprestar dinheiro ao banco, logo estamos perante um contrato de mútuo. Assim sendo, estará então o banco obrigado a restituir esse dinheiro, conforme dispõe o Art.º 1142.º do CC. Com o contrato de mútuo,

¹⁰⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 07/06/2005, Proc.: 05A1774

¹¹⁰ Não nos parece, que este seja o entendimento dominante, no âmbito, da tese segundo a qual o penhor da conta bancária constitui um penhor de direitos, sendo que na generalidade das opiniões defensoras de tal tese, considera-se que o objeto do penhor é crédito que o cliente tem sobre o banco, devido ao depósito que fez.

¹¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 07/06/2005, Proc.: 05A1774

¹¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Data: 15/12/2016, Proc.: 2691/12.0TJVNF-A.G1

¹¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Data: 15/12/2016, Proc.: 2691/12.0TJVNF-A.G1

a propriedade da quantia dada em depósito transfere-se para o banco, resultando assim para o cliente um direito de crédito sobre o banco. Segundo a visão perfilhada neste acórdão, o penhor da conta bancária vai incidir precisamente sobre este direito de crédito, que o cliente tem sobre o banco e no que diz respeito, à sua natureza jurídica, o penhor da conta bancária trata-se de um penhor de direitos.¹¹⁴

No mesmo sentido, e realçando esta ideia do contrato de mútuo que se celebra, aquando da constituição do depósito, vai ainda outro Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/03/2012. Este Acórdão menciona que a especialidade do penhor da conta bancária, está em empenhar-se um direito sobre algo que se encontra na disponibilidade do credor pignoratício, que será o banco, em virtude do contrato de mutuo que o cliente celebrou com o mesmo, aquando da constituição do depósito bancário, que terá sido constituído como garantia.¹¹⁵

3.2.2. Visão Doutrinal

Aquando da análise da tese, segundo a qual, o penhor da conta bancária constitui um penhor de direitos, teremos que apresentar a visão perfilhada por António Pedro A. Ferreira.

Segundo a perspetiva deste autor, o penhor da conta bancária apresenta algumas particularidades e diferenças em relação ao penhor comum, pois o objeto do penhor da conta bancária trata-se dos créditos do garante sobre o banco e apresenta um funcionamento bastante específico que se consubstancia no débito das importâncias garantidas na conta do depositante, no caso de ocorrer o incumprimento por parte do devedor. O que terá como consequência, a obrigação por parte do garante, de manter sempre a conta provisionada¹¹⁶¹¹⁷. Apesar de todas as especialidades apresentadas pelo penhor da conta bancária, este autor partilha do entendimento, que estamos perante um penhor, mais propriamente um penhor de créditos que incide sobre um objeto

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Data: 06/03/2014, Proc.: 961/08.1TYLSB.K.L1-2

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Data: 21/03/2012, Proc.: 287/10.0TTPDL-A.L1-4

¹¹⁶ FERREIRA, António Pedro A., cit.: pág. 741

¹¹⁷ A cativação do saldo, que mencionamos quando tratamos do regime jurídico do penhor da conta bancária.

determinado (o saldo daquela conta e não o de outra qualquer), de que o garante é titular.

118

Também, Pedro Romano Martinez partilha da mesma opinião, este autor menciona, que o penhor da conta bancária constitui um penhor de direitos, dado que será o direito de crédito que cliente tem sobre o banco, devido ao depósito que efetuou, que será empenhado. O autor refere que ao penhor da conta bancária deverá ser aplicado o regime previsto nos Arts.º 679.º e ss do CC.¹¹⁹

Nesta linha doutrinal, igualmente Pestana Vasconcelos é da opinião que o penhor da conta bancária se trata de uma modalidade de penhor de créditos.¹²⁰

Resta ainda referir, que esta tese era apoiada por Menezes Leitão, até ao surgimento do Dec.-Lei 105/2004 de 8/05, o autor referia que, estávamos perante um penhor de direitos, dado que o penhor em questão, não incidia sobre o dinheiro depositado, que é propriedade do banco, mas sim sobre o crédito que o depositante (o cliente do banco) é titular sobre o banco. No entanto, após a entrada em vigor do citado diploma legal, o autor mudou a sua opinião, argumentando agora, no sentido, de considerar o penhor da conta bancária um penhor financeiro¹²¹.

3.3 O penhor da conta bancária como um penhor financeiro

3.3.1 Visão da Jurisprudência

Neste âmbito, encontramos o Acórdão do Supremo Tribunal de justiça, de 22/11/2016¹²². O Tribunal decide que, o penhor da conta bancária pode ser classificado como um penhor financeiro e deverá ser regulado pelo Dec.-Lei n.º105/2004, de 08/05. Sendo possível conferir ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objeto desta, não com carácter automático, mas sim, como consequência do que foi previamente acordado pelas partes. O Acórdão, refere que, ocorrendo o incumprimento por parte do devedor, o credor

¹¹⁸ FERREIRA, António Pedro A., cit.: pág. 741

¹¹⁹ MARTINEZ, Pedro Romano e Pedro Fuzeta Da PONTE, “*Garantias de Cumprimento*”, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006: págs. 182,183 e 184

¹²⁰ Vasconcelos, Miguel Pestana de, “*Direito Bancário*”, cit.: pág. 105

¹²¹ LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes “*Garantia das Obrigações*”, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 286 e 287.

¹²² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPRT.P1.S1

poderá então fazer seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste. Tal situação não configurará um pacto comissório, mas sim uma compensação.¹²³

No mesmo sentido, temos o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04/03/2013¹²⁴, que refere que com a transposição da Diretiva n.º2002/47/CE, através do Dec. Lei n.º 105/2004 de 8/05, que aprovou o regime jurídico dos contratos de garantia financeira, o penhor da conta bancária passou a ser considerado como um penhor financeiro.¹²⁵

Mas também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/02/2011¹²⁶, já se pronunciou no mesmo sentido, mencionando que desde da entrada do mencionado Dec. Lei., não há dúvidas, no que diz respeito à natureza jurídica do penhor da conta bancária, dado que o mesmo se trata de um penhor financeiro.¹²⁷

Neste âmbito, resta mencionar o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02/05/2016, que afirma que toda a discussão e controvérsia que havia em torno da questão da natureza jurídica do penhor da conta bancária, ficou resolvida com a entrada em vigor do Dec. Lei n.º 105/2004 de 08/05. Segundo o entendimento perfilhado neste Acórdão, o penhor da conta bancária constituirá sempre um penhor financeiro, desde que, se verifiquem os requisitos previstos nos arts.º 3.º a 7.º do mesmo Dec. Lei.¹²⁸

É preciso ter em consideração, que os requisitos apresentados pelo mencionado diploma legal são bastantes apertados, quanto ao seu âmbito de aplicação. No que diz respeito, aos sujeitos intervenientes, o penhor financeiro apresenta-se como uma figura jurídica bastante restrita. Nos termos do Art.º 3.º do Dec. Lei n.º105/2004 de 8/05, as pessoas singulares estão excluídas do regime em causa. Para que o Dec.-Lei possa ser aplicado, é necessário que uma das partes seja uma entidade pública, um banco central, uma instituição financeira multilateral, uma instituição sujeita prudencial, uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação.¹²⁹ Só, quando estiverem verificados os requisitos do diploma legal respeitante ao penhor financeiro, é

¹²³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 22/11/2016, Proc.: 454/14.8TVPR.T.P1.S1

¹²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Data: 04/03/2013, Proc.: 2156/08.5TBVFR.P1

¹²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Data: 04/03/2013, Proc.: 2156/08.5TBVFR.P1

¹²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Data: 24/02/2011, Proc.: 5510/09.1TVLSB-D.L1-2

¹²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Data: 24/02/2011, Proc.: 5510/09.1TVLSB-D.L1-2

¹²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Data: 02/05/2016, Proc.: 181545/14.0Y1PRT.G1

¹²⁹ DUARTE, Rui Pinto, cit.: pág. 269

que este poderá ser aplicado, o que muitas vezes não se verificará, bastando para tal, que o devedor seja uma pessoa singular.¹³⁰

Foi, portanto, com grande estranheza que constatamos que grande parte da jurisprudência, tratava o penhor da conta bancária como um penhor financeiro, pois pensamos não ser esta melhor opção, dado que o penhor financeiro é uma figura jurídica que se destina a outras realidades, estamos a referir-nos aos acordos de garantia financeira. Desde de logo, pelo seu limitado âmbito de aplicação, o Dec.-Lei em questão, não podia regular o penhor da conta bancária.

3.3.2. Visão Doutrinal

No âmbito da doutrina portuguesa, são poucas as posições que encontramos no sentido de considerar o penhor da conta bancária, como um penhor financeiro.

É de destacar a posição perfilhada por Menezes Leitão¹³¹. Segundo este autor, com entrada em vigor do Dec. Lei 105/2004, de 08/05, o penhor da conta bancária deverá ser considerado como um penhor financeiro. Este autor, argumenta no sentido de podemos incluir o penhor da conta bancária, no Art.º5.º, alínea a) do Dec. Lei., seguindo a tese, que a maioria da jurisprudência portuguesa defende, quanto à questão da atribuição da natureza jurídica ao penhor da conta bancária.

3.4 O Penhor da conta bancária enquanto Penhor Irregular

3.4.1. Visão da Jurisprudência

Na análise das diversas decisões proferidas pelos Tribunais portugueses, não conseguimos encontrar nenhuma que classificasse o penhor da conta bancária como um penhor irregular. Tal facto, parece um pouco estranho, pois não nos parece que esta tese seja desprovida de sentido útil. No entanto, pensamos que tal resultado pode ter ocorrido, devido à grande tendência que a jurisprudência apresenta para classificar o penhor da

¹³⁰ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, “*Direito Bancário*”, cit.: pág. 106

¹³¹ LEITÃO, Luís Telles de Menezes, “*Garantia das obrigações*”, cit.: pág.: 287

conta bancária como um penhor financeiro, após a entrada em vigor do competente Dec. Lei. Ficamos até, com a sensação, de que após a entrada do citado diploma legal, a jurisprudência portuguesa tentou encontrar uma solução rápida para que se pudesse considerar que já não existia controvérsia em torno da natureza jurídica do penhor da conta bancária, admitindo, de imediato, que o mesmo se trata de um penhor financeiro.¹³²No entanto, tal conclusão, não nos parece a mais prudente pelas diferenças abismais que encontramos entre o penhor da conta bancário e o penhor financeiro.

3.4.2. Visão Doutrinal

No âmbito, desta temática, será importante mencionar a opinião apresentada por Hugo Alves Ramos. O autor, começa por explicar que, a partida estaríamos perante um penhor que se rege pelas que regras ditam o regime jurídico do penhor de direitos, dado que o objeto do penhor incide sobre um crédito, e como tal, a partida, estaríamos perante um penhor de direitos.

No entanto, numa segunda fase posterior do seu estudo, o autor chama atenção para o facto de estarmos perante um penhor irregular. O autor considera que o depósito bancário é um depósito irregular, mencionando que quando ocorre o depósito irregular, transfere-se para o banco, a propriedade sobre o dinheiro, que é depositado pelo facto de ter ocorrido a transmissão da propriedade sobre o bem empenhado, que será o dinheiro depositado para o banco.¹³³

Hugo Alves Ramos menciona que nas situações em que o depósito foi previamente constituído e não foi, portanto, apenas formado com uma função de garantia, ocorre a união de contratos¹³⁴, em função da justaposição do contrato de penhor irregular e do contrato de depósito. No caso, em que o depósito foi efetuado apenas para efeitos da prestação da garantia, teremos antes uma transformação do depósito irregular em penhor irregular.¹³⁵

¹³² Estamos em completo desacordo com a tese seguida pela maioria da jurisprudência, desde de logo pelos sujeitos processuais estão admitidos a intervir no âmbito do Dec. Lei 105/2004 de 08/05.

¹³³ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 227 e 228

¹³⁴ Entre o contrato de depósito irregular e o contrato de penhor irregular (penhor da conta bancária).

¹³⁵ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 227 e 228.

Perante a tese apresentada por Hugo Ramos Alves, podemos suscitar a questão do funcionamento do penhor irregular, no caso de o banco depositário não coincidir com o credor pignoratício. O autor refere que também nestes casos, estamos na presença de um penhor irregular, ressalvando ainda, que em caso de incumprimento, dado que o credor pignoratício não tem acesso direto ao saldo da conta bancária, pois este encontra-se sobre a tutela do banco depositário, deve então o credor pignoratício lançar mão de uma ação declarativa de posse.¹³⁶

De referir, que o autor alude que no âmbito do penhor da conta bancária, no caso de ocorrer incumprimento por parte do devedor e de o credor pignoratício ter de lançar mão ao saldo que se encontrava cativo, tal situação ocorre através de uma mera dedução, não se tratando de uma autentica compensação¹³⁷.¹³⁸

3.5. Posição adotada

3.5.1. A dúvida entre a existência de uma garantia pessoal ou real, no âmbito do penhor da conta bancária

Parece-nos que não será boa opção considerar o penhor da conta bancária como uma fiança.

Desde logo, porque a fiança constitui uma garantia pessoal, que se caracteriza pelo facto de uma pessoa diversa do devedor, a quem se dá o nome de fiador, assegurar com o todo o seu património a obrigação garantida¹³⁹. Nas palavras de Antunes Varela, no âmbito da prestação da fiança, ocorre “a vinculação sobre a pessoa do fiador com toda a projeção material da pessoa sobre os bens que é o seu património”¹⁴⁰

Quando é prestada uma fiança, surge ao lado da obrigação do devedor principal, a obrigação do fiador. Este não poderá sujeitar apenas parte do seu património (como no

¹³⁶ ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág. 129

¹³⁷ Contrariamente à maioria das opiniões perfilhadas pela doutrina e jurisprudência portuguesa, que fazem diversas vezes, referência à compensação impropria, que ocorre no âmbito do penhor da conta bancária.

¹³⁸ ALVES, Hugo Ramos, cit.: págs. 228 e 229.

¹³⁹ Acórdão da Relação de Coimbra, Data: 01/10/2008, Proc.: 4081/06.5YXLSB.C1

¹⁴⁰ VARELA, João Matos Antunes, “*Das Obrigações em geral- Volume II*”, 7.ª edição, Almedina, Coimbra 1997: pág. 478

caso do penhor ou da hipoteca constituídos por terceiro), obrigando-se pessoalmente, como qualquer outro devedor, ficando o seu património sujeito perante a obrigação que assumiu.¹⁴¹

Tal definição de fiança, não nos parece, minimamente compatível com a natureza da garantia prestada, aquando da celebração do penhor da conta bancária, pois tal garantia recai sobre algo determinado, mais propriamente sobre o saldo da conta bancária que foi dada em penhor, enquanto, no âmbito da prestação de uma fiança, é o próprio fiador¹⁴² que se obriga com todo o seu património e não com um bem específico que integra o mesmo.

Quanto ao argumento apresentado pela doutrina¹⁴³, que alega estarmos perante uma garantia pessoal, pois o garante dá autorização para debitar na sua conta dada em garantia, os valores em dívida, parece-nos que pode ser rebatível, pois na nossa opinião, no âmbito do penhor da conta bancária, o garante, embora, possa ser uma pessoa diversa do devedor da obrigação garantida, este vincula ao cumprimento da obrigação, o saldo da conta bancária não se vinculando o seu património, ou parte dele ao cumprimento da obrigação. Logo, não nos parece possível que este seja considerado fiador, pois não se obriga com o todo o seu património, e não pode ser considerado um verdadeiro devedor¹⁴⁴, conforme acontece com o fiador.

Somos da opinião que a doutrina que entende que o penhor da conta bancária é uma fiança, tem tal opinião por motivos de segurança. No caso de considerarmos que o penhor da conta bancário é uma fiança este não seria sujeito à proibição do pacto comissório, o que não acontece se estivermos na presença de um penhor.¹⁴⁵ No entanto, não nos parece que o penhor da conta bancária opere através do pacto comissório mas através da compensação, conforme menciona a maior parte da jurisprudência, ou então, através de uma mera dedução.¹⁴⁶

¹⁴¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “*Fiança e Figuras análogas*”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º71, Lisboa, 1957: pág. 6

¹⁴² Neste sentido, ALVES, Hugo Ramos Alves, cit., pág. 227- “O fiador assume como um verdadeiro devedor”

¹⁴³ Nomeadamente, Menezes Cordeiro é defensor de tal tese.

¹⁴⁴ Na opinião de Manuel Januário Costa Gomes o fiador assume uma posição de devedor in GOMES, Manuel Januário Costa, cit. 121, 122 e 123

¹⁴⁵ Conforme dispõe o art.º 694.º por remissão do art.º 665.º do CC.

¹⁴⁶ ALVES, Hugo Ramos, cit.: pág. 229

Pensamos que efetivamente, o penhor da conta bancária, não é uma fiança, pois não estamos na presença de uma garantia pessoal

Portanto, entendemos que o penhor da conta bancária, é uma garantia real, mais propriamente um penhor. Resta agora, perceber em que tipo de penhor se inclui o penhor da conta bancária.

3.5.2. Quanto à possibilidade de estarmos perante um Penhor financeiro

Conforme já foi dito em momento anterior, a figura do penhor financeiro foi introduzida na ordem jurídica através do Dec. Lei 105/2004 de 08/05. Este diploma legal apresenta algumas particularidades, que serão importantes ter em conta, a fim de perceber se no âmbito do penhor da conta bancária, podemos estar na presença de um penhor financeiro.

O Dec. Lei 105/2004 de 08/05, apenas terá aplicação quando as partes em causa sejam em opção, uma entidade pública, incluindo alguns organismos do Estado incumbidos com responsabilidades relacionadas com a dívida pública ou tenham intervenção nos domínios da mesma,¹⁴⁷ ou ainda, o Banco de Portugal, Bancos Centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de pagamentos Internacionais, entre outras entidades bancárias, que se encontram elencadas no art.º 3.º, n.º1, alínea b) do mencionado diploma legal.

Optamos, por fazer esta advertência inicial, pois a mesma serve para afastar a possibilidade de se considerar, o penhor da conta bancaria como um penhor financeiro. Este tipo de penhor não foi pensado para ser aplicado entre as relações que o banco estabelece com os seus clientes, pois o Dec. Lei 105/2004 de 08/05 não se pode aplicar a pessoas singulares, e também não se aplica a qualquer pessoa coletiva, sendo necessário que estas reúnam os requisitos do art.º 3.º, n.º1, alínea b) do Dec. Lei. 105/2004 de 08/05. O penhor financeiro um penhor bastante especial e restritivo, no que ao seu âmbito de atuação, diz respeito.

Como tal, face ao exposto pensamos que é fácil chegar à conclusão, que o penhor da conta bancária não se trata de um penhor financeiro.

¹⁴⁷ Art.º 3.º, n.º1, a) do Dec. Lei 105/2004 de 8 de Maio

Perante tal conclusão, é com grande espanto que tomamos consciência que grande parte da jurisprudência portuguesa, atribui a natureza jurídica do penhor financeiro ao penhor da conta bancária. Ficamos com a sensação que jurisprudência portuguesa encontrou no Dec. Lei 105/2004 de 08/05 um bom escape para a controvérsia que existia quanto à natureza jurídica do penhor da conta bancária. Não nos parece, no entanto, que esta tenha sido uma opção ponderada, desde de logo pelos sujeitos que estão habilitados a intervir no penhor financeiro, esta opção deveria ser logo rejeitada a partida.

Além disso, tendo não apenas em atenção as normas do mencionado diploma legal, também o seu próprio propósito e espírito legislativo em nada se relaciona com o penhor da conta bancária. O Dec. Lei 105/2004 de 08/05 tem como objetivo regular os contratos de garantia financeira, nomeadamente a regulamentação das suas figuras típicas que são o penhor financeiro e alienação fiduciária em garantia.

Os contratos de garantia financeira permitem de “fire Wall” em relação à insolvência e as consequências, ditadas pela paridade dos credores.¹⁴⁸ Além disso, os contratos abrangido pelo mencionado diploma legal, foram pensados para dar resposta a relações plurilocalizadas.¹⁴⁹

Face ao exposto, não há dúvidas que o penhor da conta bancária não se trata de um penhor financeiro, resta agora tentar perceber se estamos perante um penhor de direitos ou um penhor irregular.

3.5.3. O penhor da conta bancária é um penhor direitos ou penhor irregular?

Pensamos ser esta a grande questão, que terá de ser resolvida, sobre qual a natureza jurídica da figura jurídica do penhor da conta bancária, pois as outras possibilidades, tais como, a fiança e o penhor financeiro, apresentam claras diferenças substanciais em relação ao penhor da conta bancária.

Para conseguirmos obter uma resposta, para a questão acima colocada, é importante perceber, o que está na base da existência destas duas teses distintas¹⁵⁰, quanto à natureza

¹⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes, Januário da Costa GOMES, Miguel Brito BASTOS e Ana Alves LEAL, “*Estudos de Direito Bancário*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra 2018: pág. 340

¹⁴⁹ Conforme o preâmbulo do Dec. Lei 105/2004 de 08/05

¹⁵⁰ Tese, segundo a qual, o penhor da conta bancária constitui um penhor de direitos, e tese, segundo a qual, este trata-se de um penhor irregular.

jurídica do penhor da conta bancária. Pensamos que o que está na origem da distinção das duas opiniões, é o diferente modo de interpretar o objeto do penhor.

Os defensores da tese do penhor irregular, consideram que o objeto do penhor da conta bancária é o dinheiro que se encontra depositado, ou seja, o saldo que se encontra cativo. Já os autores que julgam que estamos perante um penhor de direitos, consideram que o objeto do penhor em estudo é o direito de crédito, que o cliente tinha sobre o banco, devido ao depósito que efetuou nessa instituição bancária.

Começando por analisar a tese, segundo a qual, o penhor da conta bancária constitui um penhor irregular, é importante dizer que, segundo tal opinião, o objeto do penhor da conta bancária será o saldo da conta, ou seja, o dinheiro que foi depositado. Estes autores¹⁵¹ argumentam que aquando da constituição do penhor da conta bancária, ocorre a transferência da propriedade do dinheiro¹⁵² para o banco, e como tal, estamos na presença de um penhor irregular que teve na sua origem o depósito irregular.

Tal tese, efetivamente, parece-nos aceitável, sobretudo, nos casos em que o penhor vai incidir sobre uma conta bancária à ordem ou a prazo, desde que esta não tenha a cláusula que proíbe a mobilização antecipada do dinheiro. Nestes casos, em que estamos perante um depósito à ordem ou a prazo simples, conforme já mencionamos, entendemos que o mesmo se trata de um depósito irregular, dado que, aqui o que está em foque é a ideia de custódia que associamos à figura jurídica do depósito. Portanto, não vemos grande inconveniente em que aquando a prestação do penhor da conta bancária, tal depósito irregular possa-se transforma-se num penhor irregular. No entanto, para adotarmos tal perspectiva seria necessário que estivemos convencidos que o objeto do penhor da conta bancária é o dinheiro depositado, o que na realidade não acontece. Na nossa opinião, o que oferecido em garantia é o direito de crédito que o cliente detém sobre o banco, pois mesmo que, consideremos que o depósito bancário se trata de um depósito irregular e não de um contrato de mútuo, tal significa que não resulte para o banco um dever de restituição mediante solicitação do cliente, em virtude do depósito efetuado.¹⁵³ Assim, acreditamos que quando o cliente constitui um penhor sobre uma conta à ordem ou a prazo simples, mesmo tendo em consideração que em tais situações não estamos perante

¹⁵¹ Nomeadamente Hugo Ramos Alves in RAMOS, Hugo Alves, cit.: pág. 228

¹⁵² Por estarmos na presença de um depósito irregular.

¹⁵³ Conforme refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Data: 23/10/2013, Proc.: 2/11.1TVPR.T.P1.S1

um contrato de mútuo, estaremos sempre na presença de um penhor de direitos, pois há uma obrigação de restituição por parte de depositário para com o depositante. Neste sentido, o objeto do penhor da conta bancária será este direito de crédito, e não o dinheiro de depositado se transferiu para a propriedade do banco, em virtude do depósito bancária efetuada, que configura um depósito irregular.

Quando estamos na presença de um penhor que vai incidir sobre uma conta bancária a prazo com cláusula acessória, que não permite a mobilização do mesmo já não podemos dizer que estamos na presença de um depósito irregular, mas sim de um contrato de mútuo. Sustentamos, esta nossa opinião, no facto, de não termos neste caso a total disponibilidade sobre a quantia monetária. Assim, quando estamos na presença de uma conta a prazo sem a possibilidade de movimentação antecipada, o enfoque da relação jurídica que estabeleceu entre o cliente e o banco, está no empréstimo que este fez ao banco, e não no dever custódia.¹⁵⁴ Como tal, em tais situações, dúvidas não haverá que quando ocorre o penhor da conta bancária, na situação exposta, o que vai ser empenhado é o direito de crédito que o cliente tem sobre o banco, em virtude do contrato de mútuo que celebrou com mesmo, que terá na sua origem o depósito bancário efetuado.

Pelo exposto, consideramos que o penhor da conta bancária se trata de um penhor de direitos, no que diz respeito à sua natureza jurídica, pois o que será empenhado é o direito de crédito que o cliente sobre o banco. Este direito de crédito, poderá de surgir de duas formas diferentes, em função da sua origem. Neste sentido, pode surgir do contrato de mútuo que o cliente celebrou com o banco, através do depósito a prazo sem a possibilidade de mobilização antecipada, ou por outro lado, pode surgir do dever de restituição que o banco tem perante o cliente, em virtude do depósito bancário constituído por este.

Resta dizer que, embora possamos considerar que o penhor da conta bancária se trata de um penhor de direitos é importante não esquecer, que este apresenta grandes particulares ao nível do seu regime, nomeadamente a cativação do saldo em conta, como tal, este deverá ser considerado um penhor de direitos atípico, tendo em conta as suas especialidades.

¹⁵⁴ Elemento típico dos contratos de depósito.

3.5.4 Consequências práticas da atribuição da natureza jurídica

Chegados à conclusão que, no caso de ser empenhada uma conta bancária, estamos na presença de um penhor de direitos, será necessário retirar as conclusões práticas que daí advenham.

Quanto à proibição do pacto comissório, é preciso fazer referência pois esta aplica-se à garantias reais, no entanto, pensamos que não haverá problemas neste aspeto, pois o modo de execução do penhor opera através da compensação. Através da mesma serão extintas a obrigação do banco (a obrigação de restituição, em virtude do depósito ou contrato de mútuo efetuado, dependendo do tipo de conta que é empenhada) e a obrigação do cliente do banco.

Resta dizer, que a nível prático, consideramos que a melhor opção será aplicar ao penhor da conta bancária as normas previstas no CC para o penhor de direitos, em tudo quanto seja possível, sem nunca esquecer que estamos perante um penhor de direitos atípico e de tal facto, podem resultar algumas especialidades de regime.

Conclusão

Em conclusão, da presente dissertação, queremos começar por mencionar, que dúvidas não há, que o penhor da conta bancária se trata de uma garantia especial das obrigações, e que o mesmo será sempre uma mais valia para o credor, que beneficiar do mesmo, na medida em que estará numa posição privilegiada, em comparação com restantes credores.

Quanto no que à sua natureza jurídica, diz respeito, pensamos que ficou claro, que efetivamente, o penhor da conta bancária é um penhor de direitos, e como tal o seu regime jurídico deve ter em conta as normas do CC que se aplicam ao penhor de direitos, no entanto, não nos podemos esquecer das especialidades apresentadas pelo penhor da conta bancária que fazem do mesmo, um penhor de direitos atípico.

No âmbito da conclusão do presente trabalho, não podemos também deixar de mencionar, que apesar da grande divergência de teses, que surgem a propósito da natureza jurídica do penhor da conta bancária, sem dúvida, que o mais surpreendente foi a opinião da maioria da jurisprudência, segundo a qual, o penhor da conta bancária é um penhor financeiro. Esta opção, parece-nos um pouco incompreensível, pois através da mera leitura dos Arts.º do Dec. Lei n.º 105/2004 de 08/05, achamos que é facilmente compreensível que tal regime foi pensado para situações as muito específicas dos acordos de garantia financeira, e como tal, nem todos os sujeitos estão aptos a intervir em tais relações jurídicas.

Já no que diz respeito às teses, segundo a qual o penhor da conta bancária constitui uma fiança ou um penhor irregular, embora as mesmas não nos pareçam as mais corretas, conseguimos facilmente perceber os argumentos em que estas se baseiam.

Para terminar, resta apenas mencionar que, efetivamente o penhor da conta bancária constitui um penhor de direitos atípico, e como tal apresentará um regime em certos aspetos diferente ao regime aplicável ao penhor de direitos. Na prática será preciso ter em atenção estas especialidades do penhor da conta bancária, tendo sempre presente a sua natureza jurídica que é uma garantia real, mais propriamente um penhor de direitos atípico.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Hugo Ramos, “*Do Penhor*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “*Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*”, Vol. I, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 1992
- ANTUNES, José Engrácia, “*Os contratos bancários- Separata: Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*”, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2011
- ATHAYDE, Augusto de, Augusto Albuquerque de ATHAYDE e Duarte de ATHAYDE, “*Curso de Direito Bancário*”, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- CAMANHO, Paula Ponces, “*Do contrato de depósito bancário - natureza jurídica e alguns problemas de regime*”, Almedina, Coimbra, 1998
- CAMANHO, Paula Ponces, *Contrato de depósito bancário- descoberto em conta. Direito do banco que paga o cheque não provisionado. Conta Solidária. (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12/05/1998) in Estudos em homenagem ao Professor doutor Inocêncio Galvão Telles-Vol. II, Direito Bancário*”, Almedina, Coimbra, s.d.
- CORDEIRO, António Menezes, “*Direito Bancário*”, 6.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2017
- CORDEIRO, António Menezes, Luís Menezes LEITÃO e Januário Gomes da COSTA (org.), “*Estudos em Homenagem ao Professor doutor Inocêncio Galvão Telles*”, Vol. II, Direito Bancário, 1.ª edição, Almedina, Coimbra
- CORDEIRO, António Menezes, Januário da Costa GOMES, Miguel Brito BASTOS e Ana Alves LEAL, “*Estudos de Direito Bancário*”, 1.ª edição, Almedina, Coimbra 2018
- COSTA, Mário Júlio Almeida, “*Direito das obrigações*”, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008
- CUNHA, Paulo Olavo, “*Direito Empresarial para Economistas e gestores*”, Almedina, 2.ª edição, 2016
- DUARTE, Rui Pinto, “*Curso de Direitos Reais*”, 3ª edição, Principia, Cascais, 2013

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “*Direito das Obrigações- Vol. II*”, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 1990

FERNANDES, Luís Carvalho, “*Lições de Direitos Reais*”, 6.^a edição, Quid Juris, Lisboa, 2010

FERREIRA, António Pedro A., “*Direito Bancário*”, 2.^a edição, Quid iuris, Lisboa, 2009

FERREIRA, Bruno, “*Contratos de Crédito Bancário e Exigibilidade Antecipada*”, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011

GRAÇA, Diogo Macedo, “*Os contratos de Garantia Financeira*”, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010

GOMES, Manuel Januário da Costa, “*Assunção fidejussória de dívida*”, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 2000

GOMES, Manuel Januário da Costa, “*Estudo de direito das garantias*”, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 2004

LEITÃO, Luís Manuel de Teles de Menezes Leitão, “*Direito das Obrigações- Vol. III – Contratos em especial*”, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, “*Direitos Reais*”, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2018

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, “*Garantia das Obrigações*”, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012

LIMA, Fernando Andrade Pires de e João Matos Antunes VARELA, “*Código Civil anotado*”, Vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987

LIMA, Fernando Andrade Pires de e João Matos Antunes VARELA, “*Código Civil anotado*”, Vol. II, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987

MARTINEZ, Pedro Romano et al., “*Direito das obrigações - programa 2003/2004- apontamentos*”, AAFDL, Lisboa, 2003

MARTINEZ, Pedro Romano e Pedro Fuzeta Da PONTE, “*Garantias de Cumprimento*”, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006

NETO, Abílio, “*Código Civil Anotado*”, Almedina, Coimbra, 2016

- PIRES, José Maria, *“Direito Bancário- Vol. 3: Coletânea de Legislação Bancária: anotada”*, 1ª edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1994
- POÇAS, Luís, *“Antecipação Bancária e Empréstimo Sobre Penhor no Âmbito das Operações Bancárias”*, Almeida & Leitão, D. L., Porto, 2008
- PRATA, Ana (dir.), *“Código Civil Anotado”*, Vol. I, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2017
- PRATA, Ana, (dir.), *“Dicionário Jurídico”*, Vol. I, 5ª edição, Almedina, Coimbra 2008
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *“Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações”*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *“Fiança e Figuras análogas”*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º71, Lisboa, 1957
- SERRA, Adriano Paes da Silva, *“Penhor: Penhor de Coisas – Penhor de direitos”*, Lisboa (s.n.), 1956
- TELLES, Inocêncio Galvão, *“Direito das Obrigações”*, 5.ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 1986
- TELLES, Inocêncio Galvão, *“Garantia bancária autónoma”*, Edições Cosmos Scire Legis, 1991
- VARELA, João Matos Antunes, *“Das Obrigações em geral- Volume II”*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra 1997
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *“Direito das Garantias”*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de *“Direito Bancário”*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2018
- VEIGA, Vasco Soares da, *“Direito Bancário”*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 1994

